








Digitized by Google

LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS AVEC

LE DROIT DES GENS ET LE DROIT CIVIL.

Ch. Duriez, imp. à Senlis.

LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS AVEC

LE DROIT DES GENS

ET

LE DROIT CIVIL;

PAR

M. G. MASSÉ,
Avocat à la Cour royale de Paris.



TOME V.



PARIS.
GUILLAUMIN ET Cie, LIBRAIRES,
Éditeurs du Dictionnaire du Commerce et des Marchandises, du Journal des Économistes,
de la *Collection des principaux Économistes*, etc..
RUE RICHELIEU, 14.

1846.

LE

DROIT COMMERCIAL

DANS SES RAPPORTS AVEC

LE DROIT DES GENS ET LE DROIT CIVIL.

SUITE DU LIVRE V.

DU DROIT CIVIL DANS SES RAPPORTS AVEC LES OBLIGATIONS COMMERCIALES.

—

TITRE I.

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES OU CONTRATS.

—

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

—

SECTION VI. — DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

—

§ I. — *De la solidarité en général.*

SOMMAIRE. — 1. Des obligations considérées sous le rapport de la pluralité des personnes. Obligation conjointe ; obligation solidaire. — 2. Ce que c'est que la solidarité. — 3. La solidarité ne se présume jamais ; elle est conventionnelle ou légale. — 4. Solidarité conventionnelle ; elle doit être expressément stipulée ; mais il n'y a pas de formule sacramentelle. — 5. En matière d'obligations non conventionnelles, la solidarité peut résulter de la nature des choses. Exemples pris des dommages-intérêts pour réparation d'un délit ou d'un quasi-délit. — 6. Cas divers de solidarité légale, en matière civile.—7...... En matière commerciale. — 8. La solidarité a-t-elle toujours lieu de plein droit en matière commerciale ? — 9. Principes du droit romain sur la solidarité de plein droit. — 10. Principes du droit italien sur la solidarité de plein droit en matière commerciale. — 11. Principes de l'ancien droit français sur la même question. — 12. Explication de certaines divergences. — 13. Droit nouveau.—

14. Résumé. Il n'y a solidarité de plein droit en matière commerciale (sauf dans les cas déterminés par la loi), ni entre les créanciers, ni entre les débiteurs.

1. Considérées sous le rapport de la chose qu'elles ont pour objet, les obligations sont divisibles quand cette chose est susceptible de division, soit matérielle soit intellectuelle; et indivisibles, quand cette division ne peut avoir lieu, soit à raison de la nature de la chose, soit à raison de la manière dont elle a été envisagée par les contractants (¹). Dans ce cas, la circonstance du nombre des contractants n'exerce aucune influence sur le mode d'exécution de l'obligation. Si l'obligation est divisible, elle peut se diviser dans l'exécution, bien qu'il n'y ait qu'un seul débiteur et qu'un seul créancier; si elle est indivisible, elle ne peut se diviser, bien qu'il y ait plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, ou à la fois plusieurs créanciers et plusieurs débiteurs.

Mais quand une obligation est considérée sous le rapport des personnes qu'elle intéresse et de la manière dont elles ont contracté, la pluralité des créanciers ou des débiteurs peut donner à l'obligation un caractère particulier, soit selon que la créance ou la dette d'ailleurs divisible se divise en autant de parts égales qu'il y a de créanciers ou de débiteurs, soit selon que chaque créancier a le droit d'exiger la totalité de la créance, ou que chaque débiteur est tenu de la totalité de la dette.

Dans le premier cas, l'obligation est simplement conjointe, soit quant aux créanciers, qui n'ont droit qu'à leur part virile, soit quant aux débiteurs, qui ne sont tenus également que de leur part virile; dans le second cas, elle est solidaire.

2. La solidarité entre les créanciers d'une même chose est

(¹) Voy. *sup.*, t. IV, n. 462.

donc le droit qui appartient à chacun d'eux de se la faire payer en totalité. Les créanciers sont alors ce qu'en droit romain on appelait *rei stipulandi* (¹).

La solidarité entre les débiteurs est donc l'obligation imposée à chacun d'eux de payer seul pour tous la somme qu'ils doivent en commun. Les débiteurs sont alors *rei promittendi* (²).

3. En principe, chacun étant réputé ne stipuler ou ne promettre que pour soi, il en résulte que la créance et la dette se divisent de plein droit entre les créanciers et entre les débiteurs, de telle sorte que chaque créancier ne peut exiger que sa part, et que chaque débiteur n'est tenu que de sa part (³). La solidarité ne se présume donc pas, soit qu'il s'agisse de la solidarité des créanciers, soit qu'il s'agisse de la solidarité des débiteurs. C'est la disposition formelle des art. 1197 et 1202 du Code civil. La solidarité doit résulter, soit de la volonté des parties, et alors elle est conventionnelle; soit de la disposition de la loi, et alors elle est légale.

4. Elle résulte de la volonté des parties, lorsqu'elle est expressément stipulée (⁴). Toutefois elle n'est pas attachée à l'emploi sacramentel des mots *solidaires, solidarité, solidairement*. Il suffit que les expressions dont se sont servis les contractants expriment sans équivoque leur volonté de stipuler la solidarité à leur profit, ou celle de s'y soumettre (⁵). Il y aurait donc stipulation réelle et suffisante de solidarité dans la clause par laquelle deux débiteurs, s'obligeant dans le même acte, déclareraient renoncer au bénéfice de division

(¹) *Instit. de duob. reis*, in pr.
(²) *Ibid.*
(³) Grotius, *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. 11, § 13.
(⁴) C. civ., art. 1202.
(⁵) M. Toullier, t. VI, n. 721; M. Delvincourt, t. II, p. 499; M. Zachariæ, t. II, p. 262, note 11.



et de discussion, bien que d'ailleurs ils se bornassent à dire qu'ils s'engagent conjointement, la solidarité entre les débiteurs n'étant autre chose qu'une renonciation au bénéfice de division et de discussion, qui, de droit commun, appartient à tous les coobligés ([1]).

La solidarité peut même, particulièrement en matière commerciale, résulter de l'interprétation des actes et de la correspondance des parties. Aussi a-t-il été jugé que l'arrêt qui, par suite d'une telle interprétation, décide qu'il y a solidarité, ne viole aucune loi, et échappe, sous ce rapport, à la censure de la Cour de cassation ([2]).

Il a été également jugé que la solidarité pouvait être stipulée dans un acte recognitif d'une obligation antérieure dont le titre primordial était muet à cet égard; et que l'art. 1337 du Code civil, qui déclare sans effet les additions ou modifications stipulées dans un acte recognitif, s'applique à celles qui touchent à l'essence de l'obligation primitive, et non aux conditions extrinsèques ou accessoires, telles que la solidarité ([3]). Cette décision est fondée sur une distinction établie par Dumoulin qui, après avoir posé le principe reproduit par l'art. 1337, décide que si le titre recognitif ne peut rien ajouter à l'essence de l'obligation primitive, il peut ajouter à sa force exécutoire ([4]).

5. Du reste, la solidarité n'a besoin d'être stipulée que

([1]) Grenoble, 20 janvier 1830 (Dev. et Car., 9, 2, 381).

([2]) Cass., 9 janvier 1838 (Dev. et Car., 38, 1, 746).

([3]) Toulouse, 5 avril 1838 (Dev. et Car., 39, 2, 380).

([4]) *Simplex novus titulus, non est dispositorius, sed declaratorius seu probatorius.... Nec aliquid de novo inducit circà substantiam obligationis, sed bene circà quædam extrinseca et accidentalia, videlicet circà probationem et vim executoriam, et sic hujus modi titulus duo tantum operatur : 1° Confessionem et probationem in prejudicium recognoscentis ; 2° Vim.* (*De feudis*, tit. 1, § 8, n. 19).

lorsqu'elle se rattache à l'exécution d'une obligation conventionnelle. Il en est autrement quand elle se rattache à la réparation d'un délit ou d'un quasi-délit : alors, elle peut résulter de la nature des choses. C'est ainsi que dans le cas de l'art. 1382 du Code civil, aux termes duquel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, la solidarité peut être prononcée contre les auteurs d'un fait dommageable, lorsqu'il est impossible de déterminer la part pour laquelle chacun d'eux a contribué au dommage, de telle sorte que chacun d'eux peut être individuellement considéré comme l'auteur du fait dommageable, et dès lors tenu de le réparer totalement (¹).

6. Dans un assez grand nombre de cas, la loi s'est formellement exprimée sur la solidarité qu'elle entendait établir entre les parties. On trouve en droit civil pur des exemples de solidarité légale dans les art. 395 et 396 du Code civil, qui déclarent le second mari d'une femme ayant des enfants d'un premier mariage, solidairement responsable de la gestion tutélaire de celle-ci ; dans l'art. 1033, qui prononce la solidarité contre les exécuteurs testamentaires; dans l'art. 1442, qui déclare le subrogé-tuteur solidairement responsable avec l'époux survivant du défaut d'inventaire; dans l'art. 1734, suivant lequel les locataires sont solidairement responsables de l'incendie; dans l'art. 1887, qui, en matière de prêt à usage, accorde au prêteur une action solidaire contre tous ceux qui ont conjointement emprunté la même chose; enfin, dans l'art. 2002, aux termes duquel,

(¹) M. Zachariæ, t. II, p. 262, note 12. — Toutefois, la question est controversée. Voy. M. Toullier, t. VI, n. 151; M. Duranton, t. XI, n. 194. — Voy. aussi *inf.*, § 3, art. 1.

lorsqu'un mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elle est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

7. On en trouve également des exemples en matière commerciale, dans les art. 27 et 28 du Code de commerce, qui posent le principe général de la solidarité entre associés, et dans les art. 118, 140, 162 et 187, qui établissent un lien solidaire entre tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change ou un billet à ordre.

Bien qu'au premier abord les cas particuliers de solidarité légale, admis par la loi commerciale, paraissent beaucoup moins nombreux que ceux qui résultent de la loi civile proprement dite, cependant il est à remarquer que les cas dans lesquels la loi commerciale impose la solidarité aux parties contractantes, sont précisément ceux qui embrassent dans leur généralité la plupart des affaires commerciales. La lettre de change et le billet à ordre sont, dans le commerce, les manières les plus ordinaires, sinon les seules, de s'obliger au payement d'une certaine somme, et comme il arrive rarement que des commerçants contractent conjointement, soit activement, soit passivement, sans être associés pour le bénéfice de l'opération à laquelle se rapporte le contrat, il en résulte que la solidarité admise par la loi commerciale, en matière de société, s'étend sur la presque totalité des conventions dans lesquelles deux ou plusieurs commerçants figurent conjointement, soit comme créanciers, soit comme débiteurs.

8. Cependant il peut arriver que deux ou plusieurs commerçants contractent conjointement, activement ou passivement, sans être associés, et dans une forme qui n'est celle ni du billet à ordre, ni de la lettre de change. Dans ce cas, l'obligation sera-t-elle solidaire, soit entre les créanciers, soit

entre les débiteurs commerçants ? En d'autres termes, la solidarité, qui en droit civil, ne se présume jamais, et doit toujours être stipulée par les parties, ou établie par la loi, existe-t-elle, en matière commerciale, de plein droit et sans stipulation particulière, dans les cas où elle ne résulte pas de la disposition de la loi ?

La négative me semble incontestable. Il est sans doute évident que si les signataires conjoints peuvent, d'après les circonstances, être présumés s'être associés même passagèrement, pour l'affaire particulière à laquelle se rattache leur obligation conjointe, ils seront obligés solidairement, en vertu du principe qui fait de la solidarité la règle fondamentale des sociétés commerciales, quoique aucune association antérieure et permanente n'existe entre eux (¹) ; mais il me semble également évident que si cette association, même passagère, ne peut être ni prouvée ni présumée, le principe de la division, qui est de droit commun, conserve son empire. Pour qu'il en pût être autrement, il faudrait qu'une disposition particulière du droit commercial eût dérogé, au moins implicitement, aux dispositions si formelles et si précises du Code civil. Or, il n'en est rien, et on chercherait vainement dans le Code de commerce une disposition dérogatoire. On comprend que ceux qui se mettent à l'aise avec les principes, en soustrayant les matières commerciales à l'application des règles du droit civil, se croient autorisés, après avoir fait table rase, à réédifier un droit commercial fait à l'image de leurs opinions particulières, et obéissent aux illusions qui, entretenues par les préjugés qu'ils nourrissent contre le droit écrit, leur font voir partout des usages et des coutumes dont l'universalité et la certitude satisfont à tous

(¹) V. *inf.*, n. 80.

les besoins mieux qu'un droit écrit dont l'inflexibilité ne se prête pas à l'arbitraire des opinions et des doctrines. Pour ceux, au contraire, qui voient dans le droit civil, spécialement en matière d'obligations conventionnelles, un ensemble de règles qui gouvernent le commerce comme la vie civile, dans tous les cas auxquels la loi commerciale n'a pas apporté une dérogation explicite ou implicite [1], l'opinion qui fait de la solidarité la règle générale des obligations commerciales, tandis que dans les obligations civiles, elle n'est que l'exception, est donc complètement insoutenable en droit.

Je m'explique dès lors comment des auteurs fort recommandables, M. Frémery, dans ses *Études de droit commercial* [2], MM. Delamarre et Lepoitvin, dans leur *Traité du contrat de commission* [3], se sont prononcés en faveur de la solidarité de plein droit en matière commerciale. Dès que ces auteurs se refusaient à admettre l'application des principes généraux et des règles du droit civil aux affaires du commerce, ils cessaient d'être les interprètes d'une loi qu'ils ne reconnaissaient pas, pour devenir législateurs. Il est vrai qu'ils déclinent cet honneur, et qu'en posant en principe que la solidarité est la règle des affaires commerciales, ils affirment « que, sur ce point, le droit commercial n'a jamais varié; « que telle a été la coutume établie par l'accord unanime et « tacite de tous les commerçants, et constamment suivie « par leur juridiction spéciale; que c'est conséquemment « l'inspiration naturelle de gens tout à fait étrangers par « leur position, leurs connaissances et leurs habitudes, aux

[1] Voy. *sup.*, t. IV, n. 12 et 13.
[2] Page 21 et suiv.
[3] T. II, p. 472.

« règles du droit civil ([1]); » — « Que, quoique le Code de « commerce ne s'en explique pas, dans tous les temps, deux « commerçants qui s'engagent ensemble ont été réputés « s'engager solidairement; qu'on ne connaît pas en juris- « prudence de maxime plus certaine, plus invariablement « observée; qu'il est donc inutile de s'arrêter à prouver ce « que personne ne conteste, pas même les auteurs qui pré- « tendent ériger en doctrine, qu'on doit suppléer par le « Code civil à tout ce que n'a pas réglé la loi commer- « ciale ([2]); » — « Que les commerçants ont eu raison d'in- « terpréter une obligation collective dans le sens de la so- « lidarité, et que les jurisconsultes ont eu tort de l'inter- « préter en sens contraire ([3]); » — « Enfin, que le droit « romain et le droit commercial sont unanimes pour dé- « montrer qu'une obligation collective emporte naturelle- « ment, et suivant l'intention exprimée par ses termes, la « solidarité des obligés ([4]). »

Ces affirmations sont tellement positives et tranchantes, qu'on est tout étonné, quand on les vérifie, de les trouver plus que hasardées, et de les voir presque toutes complètement démenties par l'autorité des faits.

C'est ce qui va apparaître d'un examen un peu attentif des autorités invoquées soit par M. Frémery, soit par MM. Delamarre et Lepoitvin, ainsi que de celles qu'ils ne citent pas, et qui sont cependant fort précises sur la question.

9. Un mot d'abord sur le droit romain, dans lequel les auteurs dont je combats l'opinion cherchent des arguments sur le fond même de la question; arguments qui, s'ils étaient

---

([1]) M. Frémery, p. 22.
([2]) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, p. 472.
([3]) M. Frémery, p. 24.
([4]) *Ibid.*, p. 29.

concluants, ne tendraient à rien moins qu'à mettre en doute le fondement philosophique des art. 1197 et 1202 du Code civil.

D'après ces auteurs, et surtout d'après M. Frémery ([1]), dont MM. Delamarre et Lepoitvin n'ont fait que reproduire le système en l'approuvant ([2]), la nécessité légale d'une stipulation expresse pour établir la solidarité, anrait été la conséquence des formes de la stipulation romaine. Dans le droit romain, la stipulation consistait en une interrogation de la part de celui qui stipulait, et une réponse conforme de la part de celui qui s'obligeait. Pendant que cette coutume fut en vigueur, dit M. Frémery, et que l'interrogation, appelant une réponse conforme, fut la base de la stipulation, les jurisconsultes décidèrent, par une déduction parfaitement exacte des termes et de la forme du contrat, que celni qui n'avait fait qu'une seule interrogation comprenant la somme de 100, ne pouvait avoir qu'une seule action pour cette même somme de 100. Par exemple, Titius et Mévius, promettez-vous de me payer 100? Nous le promettons. La stipnlation ainsi formée ne pouvant engendrer qu'une seule action pour réclamer 100, l'action intentée épuisait l'obligation, et conséquemment il fallait décider que l'obligation et l'action qu'elle produisait se divisaient entre les deux promettants.

Si au contraire on voulait que les deux promettants fussent solidairement obligés, il fallait qu'ils fussent interrogés distinctement. C'est ce que disent les Institutes ([3]). *Duo rei promittendi ita fiunt : Mœvi quinque aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes? et respondent singuli separatim : spondeo.*

Dans la suite, l'usage de l'écriture s'introduisit, les paroles

([1]) P. 25 et suiv.
([2]) T. II, p. 473.
([3]) Liv. III, tit. 16.

sacramentelles disparurent, et il suffit que l'acte énonçât que la stipulation avait été faite de manière que chacun des promettants fût obligé *in solidum* ([1]). C'est ce qui résulte de l'opinion de Papinien ([2]), qui a écrit qu'avant tout il fallait rechercher l'intention des parties; et que ces mots : *Titius et Mævius decem dato*, expriment l'intention d'obliger solidairement Titius et Mévius.

Il est vrai que plus tard Justinien lui-même déclara, par la Novelle 99, que l'obligation se divise entre les fidéjusseurs (ou obligés), quand le créancier n'a pas exprimé qu'ils seraient tenus solidairement. Mais cette loi, qui a passé dans l'article 1202 du Code civil, n'est qu'un souvenir des anciennes formes rigoureuses de la stipulation; elle a été une innovation au droit romain pur constaté par les jurisconsultes romains, et notamment par Papinien. Papinien, ajoute M. Frémery, aurait donc décidé que la signature de *Paul* et la signature de *Louis*, au bas d'une obligation collective contractée par *Paul* et par *Louis*, exprimaient l'intention de contracter une obligation solidaire. Le droit commercial moderne est donc d'accord avec le droit romain, lorsqu'il reconnaît qu'une obligation collective emporte naturellement et suivant l'intention exprimée par ses termes, la solidarité des obligés. Tel est le système de M. Frémery, qui est peut-être ingénieux, mais dont une autorité plus imposante que la mienne a démontré le peu de solidité.

([1]) L. IX, § 1 et 2 *ff. De duobus reis.*

([2]) L. IX *in pr. ff. De duobus reis.* Voici le texte : *Eamdem rem apud duos deposui, utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem rem duobus similiter commodavi : fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et cœteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato, testamento, ut puta si pluribus hœredibus institutis testator dixit : Titius et Mævius, Sempronio decem dato.*

M. Troplong ([1]) fait d'abord très bien remarquer que le texte de Papinien, sur lequel on se fonde pour prouver que ce jurisconsulte admettait la solidarité de plein droit dans les obligations collectives, est visiblement altéré. Ce texte, qui raisonne dans l'hypothèse d'un legs, porte : ***Titius* ET *Mævius Sempronio decem dato.*** Cujas ([2]) a prouvé qu'il fallait lire ***Titius* AUT *Mævius.*** Le verbe *dato*, qui est au singulier, ne peut être régi que par ***Titius aut Mævius.*** Avec ***Titius et Mævius*** il faut substituer *danto* à *dato;* autrement il faudrait supposer que le jurisconsulte romain aurait commis une faute de langage inexplicable, en ne faisant pas accorder le verbe avec le nom. M. Troplong ajoute ensuite avec beaucoup de raison que, dans tous les cas, le texte de Papinien prouverait qu'il n'était pas absolument nécessaire d'employer les termes sacramentels de la stipulation pour créer la solidarité qui pouvait résulter des circonstances et des faits concluants dont un contrat aurait été accompagné, mais qu'il ne prouverait nullement qu'à aucune époque du droit romain la solidarité de plein droit se fût implantée dans les contrats passés par les commerçants. Cela est si vrai, que, d'après Ulpien, la négociation faite collectivement par plusieurs armateurs n'entraînait pas la solidarité : *Si tamen per se plures navem exerceant, pro portionibus exercitationis conveniuntur* ([3]). Il y a plus, comme nous le verrons plus tard, la solidarité n'existait même pas de plein droit en matière de société, sauf dans les sociétés d'argentiers et de publicains ([4]) ; elle n'avait lieu dans les sociétés ordinaires que dans le cas où les associés se faisaient représenter par un

---

(1) *Des sociétés*, n. 851.
(2) *Observ.*, liv. v, cap. 33.
(3) L. II, *ff. De exercit. act.*
(4) L. XXVII, *ff. De pactis* ; l. IX, § 4, *ff. De publicanis.*

instituteur ou facteur ([1]), *ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit* ([2]). Comment prétendre dès-lors que la solidarité ait jamais existé de plein droit sous l'empire de la législation romaine? Les constitutions des empereurs qui ont voulu qu'elle fût clairement exprimée, sans imposer d'ailleurs aux contractants aucune formule sacramentelle, étaient donc l'expression véritable du droit romain; elles dénotaient d'ailleurs un progrès réel en faisant dépendre la solidarité d'une convention dont elles ne déterminaient pas les termes, au lieu de la subordonner aux formes rigoureuses et primitives de la stipulation; et nos lois modernes qui ont consacré le même système, loin de s'écarter des principes naturels sur la force et l'effet des obligations conjointes, y sont au contraire parfaitement conformes.

10. La solidarité de plein droit, qui à Rome n'était pas plus admise dans les matières commerciales que dans les matières civiles, s'est-elle introduite dans le droit particulier qui, lors de la renaissance du commerce, se forma dans les républiques italiennes du moyen-âge? M. Frémery et ses approbateurs l'affirment; mais je crois qu'ils se trompent, et je vais essayer de le démontrer.

Ces auteurs invoquent d'abord l'ancien droit italien, Bartole, Straccha, la Rote de Gênes, qui, suivant eux, « déclarent « expressément que la solidarité des commerçants qui s'o- « bligent ensemble est le droit consulaire, le droit de la « cour des marchands, *curiæ mercatorum* ([3]). » Nous verrons tout à l'heure l'opinion de Bartole. Quant à Straccha,

---

([1]) L. XVI *ff. De inst. act.*; l. 1, § 5, *ff. De exercit. act*
([2]) L. 25, *ff. De Pactis.*
([3]) M. Frémery, p. 23.

je n'ai pu, après longues recherches, trouver dans ses écrits un seul passage qui fût relatif de près ou de loin à la question de savoir si en matière commerciale la solidarité existe de droit entre co-obligés. Reste la Rote de Gênes.

La Rote de Gênes traite en effet, dans plusieurs de ses décisions, de la solidarité entre commerçants ; elle s'en occupe, non-seulement au n° 5 de sa décision 30, et au n° 5 de la 46ᵉ, citées par M. Frémery, mais encore dans sa décision 2, n° 43 ; dans sa décision 97, nᵒˢ 1, 7 et 13 ; enfin dans sa décision 161, n° 2 ; et dans toutes ces décisions elle consacre un système directement contraire à celui qu'on lui attribue. En effet, la Rote de Gênes n'a jamais dit que les co-obligés en matière commerciale fussent tenus solidairement ; elle a toujours admis au contraire qu'une obligation collective se divise de plein droit et également entre les coobligés qui n'en sont tenus que pour leur part virile, *pro virile parte*, et que la solidarité n'a lieu que lorsque les coobligés sont associés. La décision 161 en fournit une preuve manifeste. Dans l'espèce jugée par cette décision, deux commerçants s'étaient obligés conjointement ; l'un d'eux, assigné comme débiteur solidaire et en payement de toute la dette, opposa que de droit commun chaque coobligé ne pouvait être poursuivi que pour sa part virile : *Plures obligati intelliguntur pro viril*(¹), dit l'exposé de la Rote. Néanmoins, il fut condamné comme débiteur solidaire ; mais pourquoi ? parce qu'il s'était engagé conjointement en matière commerciale ? Nullement. Parce que les deux coobligés étaient associés, et que entre coassociés la solidarité est de droit : *Socii*, dit la Rote, *tenentur in solidum de collatis in bursam communem durante societate* (²).

(¹) Décis. 161, n. 2.
(²) *Ibid.*, n. 8.

Aussi le n° 5 de la décision 46 citée par M. Frémery, ne dit-il pas que tous coobligés en matière commerciale sont de plein droit solidaires. Il dit que les associés qui s'obligent ensemble et conjointement, qui donnent leur nom en commun, sont obligés solidairement : *Usu enim in civitate Genuæ et quidem notoriè receptum est quod* SOCII *expendentes nomen in simul, tenentur contrahentibus secum in solidum, et talis consuetudo et observantia attendi debet, cum faciat jus... et hujus modi consuetudo tanquam notoria non debet probari.*

C'est également là le sens du n° 5 de la décision 30 que M. Frémery invoque aussi à l'appui de son opinion. Il s'agissait en effet de deux associés, de Jérôme et de Grégoire Flisci, qui s'étaient engagés ensemble (¹), et la Rote condamne l'un d'eux solidairement, *quia expendebat nomen in simul,* parce qu'il s'était engagé avec son coassocié, *et quod quandò duo expendunt nomen in simul, quilibet tenentur in solidum* (²).

L'erreur de M. Frémery et de ceux qui ont suivi son sentiment, vient de ce qu'ils ont attribué à ces mots *expendere nomen in simul,* un sens beaucoup plus général et beaucoup plus étendu que celui dans lequel il a été constamment employé par les jurisconsultes italiens qui ont fondé le droit du commerce en constatant les coutumes dont il dérive, et que la loi commerciale a presque toutes consacrées.

Le sens juridique de ces mots se trouve très clairement expliqué dans la décision 97 de la Rote de Gênes. Dans cette décision, la Rote commence d'abord par poser comme règle

(¹) *Hieronym. et Gregor. Flisci, cum essent socii et expenderent nomen in simul in Hispaniis, scripserunt Petro Francisco, et Philippo Cataneis, in Siciliâ commorantibus, ut solverent sibi ipsis florenos cambiatos,* etc. Décis. 30, *in princip.*

(²) *Ibid*, n. 5 et 6.

générale que *semper ita per Rotam fuit judicatum, ut ex pluribus decisionibus notissimum est*, *quod quandò duo vel plures expendunt nomen in simul, quilibet tenetur et obligatur, in solidum* (¹). Puis elle prononce une condamnation solidaire, attendu qu'il est prouvé par témoins que les défendeurs étaient associés : *Prædictos reos conventos fuisse socios, et idem nomen expendisse et subscripsisse*, QUIA BARTHOLOMÆUS SUBSCRIBEBAT NOMEN SUUM ET BAPTISTÆ CONJUNCTÌM, ET È CONTRA BAPTISTA NOMEN SUUM ET BARTHOLOMÆI (²).

Expendere nomen in simul ne se dit donc pas du cas où deux personnes s'engagent conjointement en apposant séparément leurs signatures au bas de la même obligation, mais du cas où un seul des coobligés signe pour tous, en souscrivant l'obligation de son nom et de celui des autres, ce qui a lieu quand des coassociés n'ont pas adopté une raison sociale qui résume ou sous-entend les noms de tous, et ce qui suppose nécessairement une société établie entre les coobligés.

C'est ce que la même décision 97 rend encore plus évident en répondant à une objection tirée de ce que, de droit commun, les obligations se divisent entre les coobligés : *Nec obstat objectum de subscriptione litterarum, quòd non debeat obligare, nisi subscribentes pro parte suâ; quia distinguendum est : nam quandò duo vel plures separatim subscribunt quilibet manu suâ, tunc alio non apparente, quisque pro suâ portione tantum obligatur... secùs verò quandò reus subscribit nomen suum, ut alterius socii; vel plurium scientium et patientium, quia tunc obligatur in solidum;* ET ILLUD EST EXPENDERE NOMEN IN SIMUL, *ad Bartolum in l. eamdem*, q. 7 (³).

(¹) N. 1.
(²) *Ibid.*
(³) N. 13.

— « Peu importe, dit la Rote, que ceux qui souscrivent conjointement une obligation ne soient en général obligés « que pour leur part et portion virile. Il faut distinguer. Si « deux ou plusieurs personnes apposent chacune et sé « parément leur signature sur une obligation, chacun « des coobligés n'est tenu que de sa part virile. Si au con- « traire un obligé signe à la fois de son nom et de celui d'un « ou plusieurs associés qui l'y ont autorisé ou qui y con- « sentent, il y a obligation solidaire. C'est là ce qu'on « appelle donner son nom en commun, *expendere nomen in* « *simul*. Sur quoi l'on peut voir Bartole. »

Cette interprétation n'est point contredite par la décision deux qui, pour justifier une condamnation solidaire, se fonde sur ce que les parties *in solidum nomen ad invicem expendebant, et quod quando quis expendit nomen, tenetur et tenentur omnes in solidum.* Ce qui signifie sans aucun doute, quand on rapproché ce passage de ceux que je viens de citer, que celui qui signe de son nom et du nom de ses associés, s'oblige solidairement et oblige solidairement ceux pour lesquels il signe.]

Où a-t-on donc vu que la Rote de Gênes ait jamais consacré le principe de la solidarité de plein droit en matière commerciale?

Voyons maintenant ce que dit Bartole, dont la Rote de Gênes invoque l'autorité.

Bartole se demande si, lorsque plusieurs marchands se réunissent pour faire la même opération, ils doivent être considérés, soit comme créanciers solidaires, soit comme débiteurs solidaires, à l'occasion des contrats faits par un seul d'entre eux : *Mercatores plures qui unam mercantiam gerunt vel unam negotiationem, an ex contractû unius quilibet teneatur in solidum et quilibet agere possit, et an sint duo rei?* On voit déjà, par la position de la question, que Bartole ne se

place pas dans l'hypothèse de plusieurs commerçants qui contractent conjointement, soit activement, soit passivement, la même obligation sur laquelle tous apposent leur signature, mais dans celle de savoir si plusieurs commerçants qui se réunissent pour faire un même commerce ou une même opération, *qui unam mercantiam gerunt, vel unam negotiationem*, c'est-à-dire qui sont associés, s'obligent solidairement les uns et les autres par leurs actes individuels. Bartole reconnaît que plusieurs docteurs se prononcent pour l'affirmative, *dicunt quod sic*, mais il trouve leur opinion trop générale, *certè malè dicunt;* et se plaçant exclusivement au point de vue du droit romain, il dit que la solidarité n'existe que dans les sociétés d'argentiers et de fermiers de revenus publics, parce que les uns et les autres remplissent un office public [1] : *Quando quædam à pluribus geritur negotiatio quæ eis decernitur ex publico, tunc fateor quod sunt duo rei activè et passivè.* Si, au contraire, il s'agit d'un commerce ordinaire, et n'ayant aucun caractère public, *si vero talis negotiatio propriâ voluntate fuerit assumpta ; non ex publico,* Bartole distingue entre le cas où les associés agissent ensemble, et alors chacun n'est tenu que pour sa part et portion, *tunc ambo et quilibet tenetur proportionem quam habet in negotiatione*; et celui où ils agissent séparément, et alors chacun d'eux est tenu solidairement des faits et actes de l'autre : *Aut exercent separatim, puta sunt duo socii, unus exercet Perusii, alius exercet Florentiæ, tunc quilibet tenetur in solidum* [2]. Nous voilà revenus à la doc-

---

(1) L. XXVII, *ff. De Pactis* ; l. VI, *ff. De publicanis.* Je reviendrai là-dessus en parlant de la solidarité entre associés. — Voy. *sup.* n. 7, et *inf.*, n. 38.

(2) Sur la loi *Eamdem ff. De duob. reis*, quæst. 7, n. 9 (T. VI, f° 56, v°, col. 2).

trine de la Rote de Gênes, qui est en même temps celle de Bartole; car s'il refuse la solidarité aux associés qui s'obligent conjointement, à moins qu'ils n'agissent l'un pour l'autre comme dans les espèces jugées par la Rote, à plus forte raison la refuse-t-il si les obligés ne sont pas associés. Bartole va plus loin que la Rote de Gênes, en refusant tout effet solidaire aux contrats faits par plusieurs associés conjointement, et en restreignant la solidarité au cas où un seul agit pour tous. Mais si plus tard la coutume et la loi commerciale se sont éloignées de la doctrine de Bartole et du droit romain pour faire de la solidarité la règle générale des sociétés, elles y sont restées fidèles, en ce sens que c'est l'association qui, en matière commerciale, est le principe de la solidarité active ou passive entre coobligés.

Il n'est donc pas exact de dire que Bartole avoue la coutume qui, en matière commerciale, aurait introduit le principe de la solidarité de plein droit, et qu'il confesse que cette coutume est reconnue par plusieurs docteurs. Son aveu porte sur un tout autre point, sur la solidarité des associés, et il en est de même de l'opinion des docteurs qu'il cite pour les combattre.

En définitive, voilà le système de la Rote de Gênes, et, on peut dire jusqu'à un certain point, celui de Bartole. Si Pierre et Paul s'engagent conjointement, et que chacun d'eux signe la même obligation, de droit commun, ils ne sont obligés que pour leur part et portion; ils ne peuvent être obligés solidaires que s'il est établi qu'ils sont associés, soit d'une manière plus ou moins permanente, soit passagèrement et pour le bénéfice de l'opération à laquelle se rattache l'obligation qu'ils ont contractée. Au contraire, si Pierre et Paul étant associés, Pierre souscrit une obligation tant en son nom qu'au nom de Paul, en signant ***Pierre et Paul***,

Paul, bien qu'il n'ait pas signé personnellement, est tenu solidairement avec Pierre, qui a signé pour tous deux. C'est l'application de la théorie des obligations contractées sous une raison sociale ou par des associés, théorie sur laquelle nous reviendrons plus tard, et qui, loin d'être fondée sur le principe qui ferait de la solidarité la règle générale des obligations conjointes en matière de commerce, est au contraire fondée sur une exception au principe général et de droit commun, de la division des dettes entre les coobligés.

En présence d'une doctrine si nettement formulée, il n'est donc pas permis de dire que la coutume italienne ait consacré le principe de la solidarité de plein droit de tous les coobligés en matière commerciale. N'est-il pas, au contraire, incontestable que les jurisconsultes et les tribunaux italiens ont constamment professé et appliqué une doctrine diamétralement contraire à celle qu'on leur attribue?

11. La doctrine italienne, qui, en matière commerciale, n'appliquait la solidarité de plein droit qu'aux obligations sociales, a-t-elle été abandonnée en France?

Suivant M. Frémery, « en France, on a toujours jugé que « deux marchands non associés, faisant un billet pour mar- « chandises prises en commun, sont obligés solidaire- « ment [1]. » Cela n'est pas exact, ainsi qu'on peut s'en assurer en jetant les yeux, tant sur les auteurs et les arrêts anciens ou modernes, cités par M. Frémery, que sur ceux qu'il ne cite pas.

Bacquet [2] rapporte un arrêt du parlement de Paris du 19 juillet 1590, qui condamne solidairement quatre mar-

---

[1] Page 25.

[2] *Traité des droits de justice*, ch. 21, n. 248 et suiv., et *Des rentes constituées*, ch. 28, n. 10 et suiv.

chands non associés, qui avaient signé le même billet avec adjonction de ces mots, *l'un pour l'autre*. Les coobligés alléguèrent vainement qu'ils n'étaient point obligés chacun d'eux seul et pour le tout, et qu'il y avait lieu dès lors d'admettre la division, conformément à la loi *Reos.*, § *ult. ff. de duob. reis*, et à la novelle 99; mais le créancier remontra que le billet portait ces mots *l'un pour l'autre*, qui ne pouvaient être inutiles et sans effet, et qui, surtout entre marchands [1], devaient équivaloir à une stipulation formelle de solidarité; et le parlement confirma la condamnation solidaire prononcée contre eux par sentence du prévôt de Paris. Sur quoi Bacquet ajoute : « Si ces mots *l'un pour l'autre* n'eussent été « portés par la cédule, et que purement et simplement ils « eussent été obligés, la dette eût été divisée entre eux, « comme serait bestail, grain ou vin. Si quatre marchands « achetaient quelque marchandise, et purement et simple- « ment promettaient sous cédule soussignée d'eux, ou par « brevet passé par devant deux notaires, payer pour vente « et délivrance de cette marchandise la somme de cent écus, « chacun d'eux ne serait tenu, sinon payer sa part de la « somme, ni obligé pour le tout, comme la dette étant divi- « sée entre eux, et l'un n'étant aucunement tenu de 25 écus « pour l'autre, suivant la disposition de droit ci-dessus « récitée. — Ce qui se doit entendre quand les marchands « obligés ne sont pas associés. Car on tient pour certain « que les marchands associés sont solidairement obligés « par les cédules et obligations les uns des autres : telle- « ment que l'un d'eux achetant de la marchandise, ou bien « empruntant deniers, *omnes in solidum tenentur*; et peu- « vent être solidairement convenus pour payer le tout, et

---

[1] Voy. *sup.*, n. 4.

« pour reconnaître la promesse et cédule de leur associé. « La cédule de l'un est autant que si elle était faite par « l'autre ; le fait de l'un est le fait de l'autre ; sont tenus so- « lidairement du fait l'un de l'autre et s'obligent l'un l'autre : « *Sive præsentes, sive absentes, sive scientes, sive ignorantes.* « *Censentur enim invicem exercitores, vel institores, vel præ-* « *positi, vel magistri* ([1]).... Et cela est certain en France « entre marchands associés, de quelque négociation que ce « soit, volontaire ou autre. En ce faisant, si deux marchands « empruntent six cents écus à rendre dedans six mois, et « que l'obligation porte associés, ils sont solidairement obli- « gés et tenus au payement de la somme due ([2]). »

Bien qu'il soit difficile de s'expliquer plus clairement que ne le fait l'auteur du passage que je viens de transcrire textuellement, Toubeau trouve que Bacquet hésite sur la question ([3]). Du reste, Toubeau, qui n'émet aucune opinion bien précise, cite lui-même, d'après Charondas, un arrêt du dernier jour d'avril 1557, par lequel deux marchands sans société ayant acheté de la marchandise ensemble chacun pour un prix, le vendeur fut débouté de la solidarité prétendue contre celui qui avait payé sa part.

Voilà l'ancien droit de la France clairement exposé : c'est l'obligation sociale qui seule est de plein droit solidaire.

Toutefois, comme il est bien évident que l'obligation peut être sociale, quoique les coobligés n'aient pas pris en signant la qualité d'associés, et quoiqu'il n'y ait eu aucun acte écrit constatant la société, si d'ailleurs ils peuvent, d'après les circonstances, être réputés associés pour l'opération ou l'af-

---

([1]) L. 1, Cod. *De duob. reis* ; Cujas, *ad africanum in l. vir uxori*, § *ult. ff. ad senat., consult. Velleian.*

([2]) n. 249 et 250.

([3]) *Institutes du droit consulaire*, t. II, p. 30.

faire particulière à l'occasion de laquelle ils s'obligent, on comprend que, lorsque deux marchands ont acheté de la marchandise en commun et souscrit tous les deux le même billet pour prix de cette marchandise, ils puissent être poursuivis solidairement comme associés pour cet achat, bien qu'il n'y ait entre eux aucune société permanente et qu'ils ne soient pas, à proprement parler, associés pour faire le même commerce. L'association momentanée qu'ils contractent suffit pour établir entre eux la solidarité en ce qui touche les suites et les conséquences de cette association. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Paris du 11 octobre 1768, rapporté par Denisart (¹), dans lequel il s'agissait d'une action solidaire intentée par un marchand de sel contre deux frères qui faisaient le commerce de la même denrée, et qui lui en avaient acheté en commun une certaine quantité. Les deux acheteurs soutenaient que n'étant point associés, on ne pouvait les soumettre à une solidarité qui ne se supplée jamais. Le vendeur répondait que les deux frères étaient venus ensemble dans son magasin, qu'il leur avait livré la marchandise en présence l'un de l'autre; et que, dans ces circonstances, il n'avait pas besoin, pour prouver qu'ils étaient associés, de représenter un acte de société, parce qu'il suffisait qu'ils se fussent associés pour l'achat qu'ils avaient fait en commun, d'après la maxime, *societas rè contrahitur*. L'arrêt qui, dans cet état de faits, a prononcé contre les acheteurs une condamnation solidaire, ne peut assurément être considéré comme ayant consacré en principe qu'en matière commerciale, tous ceux qui s'obligent conjointement, s'obligent solidairement.

(¹) V° *Solidaire*, n. 4.

On peut en dire autant d'un autre arrêt du 18 juillet 1768 ([1]), ainsi que d'un arrêt du parlement de Toulouse du 17 juin 1672([2]).

Cependant je dois reconnaître que des auteurs, qui ont écrit, soit avant, soit depuis ces arrêts, admettent que deux marchands, qui achètent en commun une même marchandise, sont *présumés* associés pour cet achat, et conséquemment tenus solidairement du prix, à moins qu'il n'y ait preuve contraire. C'est ce que laisse entendre Bornier ([3]); c'est ce que dit assez formellement Jousse ([4]); et tel paraît être l'avis de Rogue ([5]) et de Pothier. « Deux marchands qui « achètent ensemble une partie de marchandises, dit Po- « thier ([6]), quoiqu'ils n'aient d'ailleurs aucune société « entre eux, sont censés associés pour cet achat, et comme « tels sont obligés solidairement, quoique la solidarité ne « soit pas exprimée. »

D'après ces auteurs, la solidarité reposerait dans cette hypothèse sur une sorte de présomption de droit de l'existence d'une société plus ou moins momentanée; et pour échapper à la solidarité, il faudrait prouver qu'il n'y a pas société entre les acheteurs.

Nicodème ([7]) est même allé plus loin. Il voit dans le fait d'un achat en commun une présomption absolue, *juris et de jure*, qui établit l'existence de la société d'une manière tellement complète, que les coobligés ne peuvent combattre cette

---

([1]) Denisart, *ibid.*, n. 8.
([2]) *Journal du Palais*, t. II, p. 45.
([3]) Sur l'art. 7 du tit. *Des sociétés*, de l'ordonn. de 1673.
([4]) *Ibid.* — « On présume, dit-il, une société tacite entre ceux qui « contractent. »
([5]) *Jurispr. consulaire*, t. II, p. 225.
([6]) *Des oblig.*, t. I, n. 266.
([7]) *Exercice des commerçants*, p. 312.

présomption en alléguant des conventions particulières, exclusives de la solidarité, auxquelles le vendeur n'aurait pas été partie, et qui ne dériveraient pas du contenu même de l'obligation.

Mais ces deux opinions ne me paraissent pas mieux fondées l'une que l'autre, et je crois pouvoir facilement démontrer que si l'achat fait en commun par deux commerçants peut, selon les circonstances, être considéré comme la preuve d'une société contractée entre les acquéreurs, il n'en fait pas nécessairement la preuve.

12. En effet, un point maintenant incontestable, c'est que les coobligés en matière commerciale ne sont tenus solidairement, et les uns pour les autres, en l'absence d'une stipulation expresse, que lorsqu'ils sont associés. Qu'à défaut d'acte de société, les coobligés puissent être considérés comme associés d'une manière plus ou moins permanente, plus ou moins momentanée, c'est ce qui est également hors de doute : *societas re contrahitur* ([1]); mais il n'est pas moins évident qu'un fait, n'ayant jamais la précision d'une convention expresse, est toujours susceptible d'interprétations diverses, et qu'il ne peut jamais faire nécessairement preuve de la convention antérieure quand il peut se comprendre et s'expliquer abstraction faite de cette convention.

Sans doute, si des commerçants ne pouvaient s'obliger en commun, et, par exemple, se réunir pour faire un achat qu'autant qu'ils seraient associés pour une opération dont cet achat serait le principe, on pourrait dire que cet achat prouve la société, et que c'est aux acheteurs qui déclinent la solidarité, à prouver qu'ils ne se sont pas associés. Mais comme des marchands peuvent acheter une partie de mar-

(¹) Cod. com., 42, 49.



chandise en commun pour se la partager aussitôt et faire ensuite chacun leur affaire de la part qui leur est échue, ce qui exclut toute idée d'association, il en résulte qu'il est impossible d'assigner d'avance une signification uniforme à l'acte collectif des acquéreurs, et qu'il n'est pas plus permis d'y voir la preuve nécessaire d'une association, qu'il n'est permis de conclure de l'absence d'une convention sociale, qu'il n'y a pas d'association. C'est donc un fait abandonné à l'appréciation souveraine des tribunaux, qui prononceront la solidarité quand l'association leur paraîtra constante, et qui diviseront la dette quand les intérêts leur paraîtront distincts et divisés. Telle était, en définitive, la jurisprudence des anciens parlements. Si des arrêts ont admis la solidarité parce qu'il y avait association, d'autres arrêts ont refusé de la prononcer, parce que l'association ne leur paraissait pas prouvée [1]; et les auteurs qui ont donné à cette jurisprudence un sens plus absolu, ont peut-être suivi trop aveuglement l'opinion de Bornier, le premier qui se soit engagé dans une fausse voie, en abandonnant le droit chemin qu'avaient frayé ses devanciers.

Du reste, il faut remarquer que cette déviation ne porte que sur une question spéciale, celle de savoir si plusieurs commerçants qui se réunissent pour faire un achat, doivent être réputés associés pour cet achat, et sont tenus solidairement du prix; elle ne porte nullement sur la question générale savoir si toutes obligations conjointes en matière commerciale, doivent être réputées solidaires, comme procédant d'une association au moins momentanée. Or, il me paraît bien évident que les présomptions plus ou moins graves qui en matière d'achat fait en commun peuvent faire croire à

---

[1] Voy. les arrêts cités, *sup.* n. 11.

l'existence d'une société et conduire par suite à la solidarité, parce que l'achat en commun peut facilement faire supposer l'intention de revendre en commun; il en est autrement à l'égard des obligations qui n'impliquent pas au même degré l'idée d'une association, par exemple en matière de mandat, de louage de navires, d'assurances, ou de simples obligations de sommes. Donc, de ce qu'en matière d'achats faits en commun des auteurs se seraient prononcés pour la solidarité des acheteurs, on ne serait pas fondé à en conclure qu'ils ont adopté le principe d'une solidarité générale et de plein droit, complètement inconnue aux premiers interprètes de la coutume et des lois commerciales.

13. Quoi qu'il en soit, si sous l'ancien droit, qui procédait plutôt de la doctrine que de l'autorité, il y a eu des hésitations à cet égard, elles ne pourraient plus se reproduire sous l'empire du nouveau droit dont les règles fixes et certaines ne permettent de procéder par voie de doctrine que lorsque l'autorité de la loi fait défaut. Or, quoi de plus certain que le principe posé par les art. 1197 et 1202 du Code civil, qui veulent que la solidarité active ou passive ne puisse se présumer, et qu'elle soit expressément stipulée, à moins qu'elle ne résulte de la volonté de la loi? Quoi de plus certain que le Code de commerce, loin de contredire cette règle générale, a déterminé lui-même, et en dehors de ceux prévus par le Code civil, des cas dans lesquels la solidarité aurait lieu de plein droit, faisant ainsi clairement comprendre que dans tous les autres la solidarité ne pouvait avoir lieu que lorsqu'elle était expressément stipulée? Il est bien manifeste, en effet, que si en matière commerciale la solidarité avait toujours lieu de plein droit, il eût été fort inutile de déterminer des cas dans lesquels elle a lieu par la volonté de la loi. Aussi n'y a-t-il pas un seul arrêt et pas un seul auteur,

sauf M. Frémery et MM. Delamarre et Lepoitvin, qui aient professé une doctrine aussi diamétralement opposée, soit aux textes, soit aux déductions logiques du nouveau droit.

Néanmoins, M. Frémery avance que « tous les auteurs « qui ont écrit sur le Code de commerce, ont admis que « l'obligation souscrite par deux commerçants est de plein « droit solidaire, et que les Cours royales et la Cour de cas- « sation n'hésitent pas à prononcer la condamnation soli- « dairement ([1]). »

Parmi ces auteurs, M. Frémery ne cite que M. Pardessus, et en effet c'est le seul, je crois, qui s'explique sur la question. M. Pardessus ([2]), s'occupant d'abord de la solidarité active ou entre créanciers, dit « qu'on admet facilement la « présomption qu'une dette commerciale est, même sans « convention expresse, solidaire entre tous les créanciers « envers qui le débiteur s'est engagé, et que par conséquent « celui qui a le titre entre les mains a le droit d'exiger le « payement du débiteur commun, parce qu'on suppose une « association entre les créanciers. » Assurément ce n'est pas là poser le principe de la solidarité de plein droit, puisque la solidarité n'a lieu, selon M. Pardessus, que lorsqu'on admet la présomption d'une association. Que cette présomption doive être facilement admise, c'est l'avis de M. Pardessus, et c'est aussi le mien; mais de ce qu'on doit l'admettre facilement, il résulte qu'on peut ne pas l'admettre; d'où cette autre conséquence, que la présomption d'association, et par suite la solidarité, n'existent pas de plein droit. Voilà pour la solidarité entre associés, voici maintenant pour la solidarité entre débiteurs.

([1]) Page 24.
([2]) N. 181.

« La nature des engagements commerciaux, dit M. Par-
« dessus [1], porte à croire qu'une stipulation expresse n'est
« pas nécessaire pour qu'ils soient considérés comme so-
« lidaires. Ceux qui contractent ensemble un engagement
« commercial, mais sans employer d'expressions qui, d'a-
« près les règles du droit commun, seraient considérées
« comme promesses de solidarité, sont présumés avoir fait
« une opération en participation soumise aux règles que
« nous expliquerons n. 1049. Mais il faut remarquer que
« cette solidarité dérivant d'une société, ne peut exister
« lorsqu'aucune intention d'être obligé solidairement n'est
« présumable: et que même tout démontre le contraire. »
Il n'y a donc de solidarité, c'est M. Pardessus lui-même qui le dit, que lorsque l'intention d'être obligé solidairement est présumable, ce qui signifie clairement que l'association ne doit pas être toujours présumée; en d'autres termes, qu'elle n'est pas présumable de plein droit, et que la solidarité n'a pas lieu de plein droit, puisqu'elle dérive d'une présomption qui dépend des circonstances.

M. Pardessus a-t-il contredit ailleurs une opinion si nettement formulée? Non. M. Frémery cite dans une note les nos 971 et 1049 de M. Pardessus. Mais je ne sais ce qu'on peut en conclure. Au n° 1049, on voit quand et comment les associés en participation sont solidaires [2]; quant au n° 971, il explique que la solidarité ne crée point par elle-même une société, ce qui assurément ne veut point dire qu'en certains cas une société ne soit pas nécessaire pour créer la solidarité.

Passons aux arrêts.

---

[1] N. 182.
[2] Voy. *inf.*, n. 74 et suiv.

M. Frémery cite deux arrêts, l'un de la Cour de cassation du 17 février 1830; l'autre de la Cour royale de Bordeaux du 19 juillet même année, qui prouveraient qu'en matière commerciale, « les Cours royales et la Cour de cassa« tion n'hésitent pas à prononcer la condamnation solidai« rement. »

L'arrêt du 17 février 1830 juge, d'après le sommaire posé par l'arrêtiste [1] « que des associés gérants d'une société commerciale, qui ont reçu des sommes appartenant à la société, peuvent être condamnés solidairement et par corps à payer ces sommes à leurs coassociés non gérants, même après la dissolution de la société, et qu'ils diraient en vain que la société n'existe sans stipulation qu'à l'égard des tiers. » Il s'agissait dans cette affaire d'une société composée de trois associés, dont deux étaient administrateurs. Le troisième associé étant décédé, la dissolution de la société s'ensuivit. Postérieurement à cette dissolution, les deux associés administrateurs vendirent l'actif social à un tiers qui leur en paya le prix. Les héritiers de l'associé décédé demandèrent alors à prélever sur ce prix la mise de leur auteur, et à ce que les deux administrateurs qui avaient touché le prix, et qui en devaient compte, fussent tenus solidairement de le leur restituer jusqu'à concurrence de cette mise. Ils obtinrent ces deux condamnations en première instance et en appel, par ces motifs, que les deux associés, qui n'avaient tenu ni livres ni registres de leur administration, et qui prétendaient seulement devoir exercer leurs droits concurremment avec le troisième associé pour le prélèvement de leur mise, ne prouvaient pas qu'ils eussent apporté une mise dans la société ; et qu'ayant reçu le prix de vente au

[1] Dall., 30, 1, 130.

préjudice du troisième associé qui y avait droit, ils devaient solidairement le lui restituer.

Sur le pourvoi formé par les deux associés administrateurs, la Cour maintint ces décisions, en considérant que les deux administrateurs, ne justifiant pas avoir apporté une mise, ne pouvaient pretendre à aucun prélèvement, que, dès-lors, « le prélèvement de la mise de l'associé non administrateur avait été autorisé avec justice sur le prix du fonds social; qu'il était reconnu, en fait, par l'arrêt attaqué, que les deux associés administrateurs avaient collectivement reçu une partie des sommes dues par l'acquéreur du fonds et appartenant par conséquent à l'associé non administrateur; que c'était donc une condamnation commerciale, et dès lors justement prononcée solidairement et par corps. »

Je reconnais que ce dernier motif semble faire supposer que toute condamnation commerciale doit être prononcée solidairement; mais, en y regardant de près, on voit que ce motif, qui d'ailleurs était complètement inutile, ne saurait avoir une telle portée. S'agissait-il en effet de l'exécution d'une convention à laquelle on eût voulu faire produire de plein droit des effets solidaires? Nullement. Il n'y avait jamais eu de convention entre les associés, ni relativement au recouvrement du prix du fonds social après la dissolution de la société, ni conséquemment sur les obligations qui devaient naître de ce recouvrement. Si les deux administrateurs étaient redevables de tout ou partie de ce prix, ce n'était donc pas en vertu d'une obligation conventionnelle : d'où cette conséquence forcée, qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer à l'espèce la règle de l'art. 1202 du Code civil, spécial aux obligations conventionnelles, et aux termes duquel la solidarité ne se présume jamais, et doit être expressément stipulée. Quand il n'y a pas de convention sur l'obli-

gation principale, il ne peut y avoir de stipulation sur les obligations accessoires, ou sur le mode d'exécution de cette obligation.

De quoi s'agissait-il donc? Il s'agissait d'une obligation résultant d'un quasi-délit. Les associés administrateurs, qui avaient cessé de l'être après la dissolution de la société, et qui avaient cependant touché une somme à laquelle ils n'avaient aucun droit, au préjudice de leur co-associé à qui elle revenait, devaient réparer le dommage qu'ils lui avaient causé. La condamnation prononcée contre eux avait donc pour principe un quasi-délit. Or, nous avons déjà vu que, lorsqu'il s'agit d'un fait dommageable, la réparation peut être prononcée solidairement contre tous les auteurs de ce fait ([1]). L'arrêt qui, dans de telles circonstances, a prononcé la solidarité, ne peut donc avoir jugé que la solidarité est de droit dans les obligations commerciales, et, quels que soient les termes dont il s'est servi, ils doivent être entendus dans leur rapport avec l'espèce qu'il s'agissait de juger.

Quant à l'arrêt de la cour de Bordeaux du 19 juillet 1830 ([2]), il juge que les associés en participation sont tenus solidairement au payement des dettes de la société, lorsqu'ils se sont obligés en commun, par le même acte, et sans division d'intérêts entre eux. Et comme, dans l'espèce de cet arrêt, l'existence de la société en participation était avouée par toutes les parties, il en résulte qu'il n'a aucun trait à la question de savoir si l'obligation en commun fait présumer la société, de telle sorte que cette obligation soit de plein droit solidaire.

C'est donc à tort qu'on invoque la jurisprudence; elle

([1]) Voy. *sup.*, n. 5.
([2]) Devill., 31, 2, 73.

s'est si peu prononcée dans le sens qu'on lui attribue, que, dans une espèce où il s'agissait d'obligations conjointes souscrites par des commerçants entre lesquels il n'apparaissait aucune société, la Cour de Rouen et la Cour de Cassation se sont fondées, pour prononcer une condamnation solidaire, non sur une solidarité de plein droit qui, si elle eût existé, eût tranché la question, mais sur ce que la solidarité résultait de l'interprétation des actes et de la correspondance des parties[1].

14. En résumé, ni le droit romain, ni le droit intermédiaire, ni le droit nouveau, ni la loi, ni la doctrine, ni la jurisprudence, dans aucun lieu et dans aucun temps, n'ont fait un principe de la solidarité de plein droit en matière commerciale. Il a pu y avoir, sur des questions particulières, quelques hésitations momentanées dans la doctrine; un arrêt a pu prononcer quelques paroles hasardées auxquelles les circonstances enlèvent toute signification absolue. Mais ces légères dissidences ne font que mettre en relief l'imposante autorité des lois et des coutumes, des auteurs les plus compétents et d'une jurisprudence sagement appréciatrice des faits et des conventions.

Jusqu'ici j'ai raisonné principalement dans l'hypothèse de la solidarité des débiteurs; mais il est visible que les mêmes principes, les mêmes règles, les mêmes distinctions, seraient applicables à la solidarité des créanciers, que le Code civil place sur une ligne parallèle à la solidarité des débiteurs.

Maintenant que nous connaissons les règles et les principes généraux, communs à la solidarité entre créanciers et

---

(1) Cass., 9 janv. 1838 (Dev., 38, 1, 746).

à la solidarité entre les débiteurs, nous allons exposer les règles qui leur sont particulières.

—

§ II. — *De la solidarité entre les créanciers.*

SOMMAIRE. — 15. Ce que c'est que la solidarité entre les créanciers, ou la solidarité active. — 16. Exemples de solidarité entre les créanciers. — 17. Solidarité active des associés. — 18. Distinction entre le créancier solidaire et la personne autorisée à toucher en qualité de mandataire. — 19. Le payement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers les autres. — 20. Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires. Restriction apportée à cette faculté. — 21. Le créancier solidaire qui a touché la créance commune en doit compte aux autres créanciers. — 22. *Quid*, si le créancier solidaire n'a exigé et reçu que sa part? Distinction entre la solidarité conventionnelle et la solidarité légale. Exemple pris de la solidarité des associés. — 23. De la remise de la dette faite par un créancier solidaire.... Par un associé. — 24. De la remise faite par concordat. — 25. Du serment déféré par un créancier solidaire. — 26. Du jugement rendu contre un créancier solidaire. — 27. De la novation qui s'opère relativement à l'un des créanciers. — 28. De la transaction consentie par l'un des créanciers. — 29. La compensation qui s'opère vis-à-vis d'un des créanciers solidaires a-t-elle effet à l'égard des autres? — 30. Tout acte qui interrompt la prescription au profit de l'un des créanciers solidaires profite aux autres créanciers. — 31. La demande d'intérêts formée par un des créanciers fait courir les intérêts au profit de tous. — 32. La part d'un créancier solidaire se divise de plein droit entre ses héritiers, à moins que la créance ne soit indivisible.

15. Nous avons vu que la solidarité entre créanciers d'une même chose, est le droit qui appartient à chacun d'eux de se la faire payer en totalité ([1]). Les créanciers solidaires sont donc en quelque sorte réputé s'être donné un mandat réciproque d'exiger ou de recevoir le payement de la totalité de la créance commune, à la charge de se la partager ensuite d'après leurs conventions ([2]).

16. En droit civil, on trouve peu d'exemples de solidarité

([1]) C. civ., 1197.
([2]) Voy. *inf.*, n. 21.

entre les créanciers. L'indivisibilité de la chose, qui fait l'objet de l'obligation, produit entre les créanciers une sorte de solidarité, puisque les uns et les autres ayant un droit égal à en demander le payement, peuvent tous également l'obtenir, et que l'indivisibilité de la chose entraîne un payement unique et intégral. Mais cette solidarité n'est pas complète; car, faute par le débiteur de remplir son obligation, les dommages-intérêts auxquels il pourra être tenu se diviseront entre les créanciers, s'il n'y a pas de stipulation de solidarité, et chacun d'eux n'aura droit qu'à sa part.

M. Toullier ([1]) cite encore comme exemple d'un cas où l'un des créanciers a le droit d'exiger la totalité de la chose due, celui d'une vente où j'ai stipulé sans procuration, comme acquérant tant pour moi que pour Titius. Je puis exiger du vendeur la livraison de la totalité de la chose, soit que Titius ratifie la vente, soit qu'il ne la ratifie pas ([2]). Relativement au vendeur, la mention faite de Titius est surabondante et comme non écrite. La raison en est que je n'ai point entendu acquérir partiellement, ni partager la chose avec un autre que le tiers pour lequel j'ai stipulé. C'était l'opinion du jurisconsulte Javolenus ([3]). Mais on comprend que cette règle d'interprétation ne devrait être suivie, principalement dans le commerce, que si la chose achetée, soit à raison de sa nature, soit à raison des circonstances, ne pouvait faire l'objet d'une exploitation partielle. Ce que le jurisconsulte romain dit d'un fonds de terre, pourrait se dire d'un fonds de com-

---

([1]) T. VI, n. 715.

([2]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 295.

([3]) *Fundus ille est mihi et Titio emptus : quæro utram in partem an in totum venditio consistat, an nihil actum sit? Respondi : personam Titii supervacuo accipiendam puto : ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere.* (*L.* 64, *ff. de Contrah. empt.*)

merce, d'un navire, et même en certains cas d'une partie de marchandises destinées au commerce en gros, mais ne serait pas toujours applicable à des marchandises essentiellement divisibles et destinées à la revente en détail.

17. Quant au droit commercial, il offre un exemple remarquable de solidarité entre les créanciers. La solidarité qui naît du contrat de société ([1]) est à la fois active et passive : passive, en ce que chacun des associés peut être contraint de payer la totalité des dettes sociales, comme nous le verrons bientôt ([2]); active, en ce que chacun des associés peut exiger du débiteur l'intégralité des sommes dues à la société. C'est la conséquence du pouvoir, qu'à défaut de stipulation contraire, les associés sont censés s'être donné réciproquement d'administrer l'un pour l'autre ([3]). Cependant lorsque un ou plusieurs associés ont été établis gérants ou administrateurs, seuls ils peuvent toucher les créances sociales, et les autres associés qui, destitués de toute action sociale, individuelle ou collective, ne pourraient même pas agir pour leur part et portion contre les débiteurs de la société, ne peuvent pas, à plus forte raison, agir pour la totalité.

18. Du reste, il ne faut pas confondre avec le créancier solidaire l'individu qui sans être créancier, figure néanmoins au contrat comme ayant qualité pour recevoir le montant intégral de la dette. C'est ce qui arrive, lorsqu'en contractant avec le créancier on stipule que la chose ou la somme due sera payée, soit entre ses mains, soit entre celles de telle autre personne désignée au contrat. Cette per-

---

([1]) Voy. *sup.*, n. 7.
([2]) Voy. *inf.*, n. 38.
([3]) C. civ., art. 1859. M. Troplong, ***Des sociétés***, n. 866; M. Delangle, ***Des sociétés commerciales***, n. 262.

sonne n'a qualité pour recevoir que comme mandataire du créancier, indiquée au débiteur pour la commodité de l'un et de l'autre. Elle est ce que les anciens docteurs appellent *adjectus solutionis causâ*.

19. Comme nous l'avons déjà dit, le caractère déterminant de la solidarité entre les créanciers, c'est le droit donné à chacun des créanciers solidaires de pouvoir exiger le payement intégral. Il suit de là que le payement fait à l'un des créanciers libère le débiteur envers tous les autres ([1]), puisqu'en payant à une partie qui avait qualité pour demander et pour recevoir, il épuise l'obligation qui lui était imposée, et ne doit plus rien à personne.

20. Il y a plus : il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires ([2]), et conséquemment de se libérer en payant à l'un plutôt qu'à l'autre. Toutefois, le Code civil limite cette faculté au cas où le débiteur n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un des créanciers ([3]). Cette disposition a été empruntée au droit romain : *Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam, nihil agit*, disait Gaius ([4]). Cette règle s'expliquait parfaitement par l'effet particulier que l'on attribuait à Rome à la demande en justice ou à la *litis-contestatio*, qui était d'éteindre l'action envers tous les créanciers, et d'opérer une novation au moyen de laquelle le débiteur n'était plus tenu envers le poursuivant que des suites de l'*actio judicati* ([5]) ; on comprend que sous l'empire de ces

([1]) C. civ., 1197.
([2]) C. civ., 1188.
([3]) C. civ., *Ibid.*
([4]) L. XVI, *ff. De duob. reis.*
([5]) Godefroy, sur la loi précitée. Voy. des effets analogues de la *litis-contestatio* dans les lois 9, *De verb. oblig.*; 57 et 87 *De solutionibus*.

idées qui tenaient au mécanisme et à la complication de la procédure romaine, le débiteur qui avait plusieurs créanciers solidaires, n'eût plus, lorsqu'il était actionné par l'un d'eux, la faculté de se libérer valablement en payant entre les mains d'un autre. Mais aujourd'hui, avec notre système d'actions si sagement simple et si éloigné de celui des romains, aujourd'hui que l'action en justice qui ne modifie en rien la nature et l'essence de l'obligation, n'est qu'un moyen d'obtenir par voie d'autorité, le payement que le débiteur ne fait pas volontairement, il n'y a aucune raison pour interdire au débiteur la faculté de se libérer volontairement en payant à un créancier, quand il est judiciairement poursuivi par un autre. Il y a d'autant moins de raison que, en certains cas, le débiteur poursuivi par un créancier solidaire résidant dans un lieu éloigné, pourrait avoir intérêt à se libérer de suite entre les mains d'un autre créancier résidant sur les lieux, pour ne pas subir les longueurs d'un procès où les difficultés d'un payement à faire entre les mains d'un individu absent, ou représenté par un mandataire dont les pouvoirs pourraient n'être pas suffisants. Il y a donc une anomalie inexplicable à refuser au débiteur la faculté de se libérer comme il l'entend en payant sa dette entre les mains d'une personne à laquelle le titre constitutif de l'obligation donne qualité pour recevoir. C'est là une fâcheuse réminiscence du droit romain, ou plutôt de Pothier, dans les ouvrages duquel l'article 1198 a été presque littéralement copié ([1]). Mais quelque jugement que l'on porte sur cette disposition, elle existe; il faut dès-lors s'y soumettre, soit dans les obligations purement civiles, soit dans les obligations commerciales à l'égard desquelles il ne saurait y avoir aucune exception.

([1]) *Des oblig.*, n. 260.

Néanmoins, je serais porté à croire que si après l'action intentée par l'un des créanciers solidaires, un autre créancier se présentait au débiteur, porteur du titre constitutif de l'obligation, et lui demandait le payement, le payement fait entre les mains de ce créancier serait libératoire à l'égard des autres : celui qui est porteur du titre a seul pouvoir de toucher. Il en serait ainsi surtout en matière commerciale, s'il s'agissait de lettres de change ou de billets à ordre, dont le payement est dû au porteur, soit qu'on le considère comme créancier, soit qu'on le considère comme simple mandataire.

A plus forte raison, si deux ou plusieurs créanciers solidaires dirigeaient successivement des poursuites contre le débiteur, celui-ci pourrait-il payer à l'un de ces créanciers à son choix : dans ce cas, le payement serait libératoire à l'égard de tous, bien qu'il n'eût pas été fait entre les mains de celui qui le premier aurait formé une action.

21. De ce que le payement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers les autres, il résulte que les droits que les autres créanciers avaient contre le débiteur libéré se retournent contre le créancier qui a reçu la créance commune, et que ce créancier doit leur rendre compte des valeurs qu'il a touchées, lesquelles sont divisibles entre tous les ayants-droit, soit par portions égales, soit inégalement s'il y a convention contraire.

On a cependant agité la question de savoir si le bénéfice de l'obligation était de plein droit partageable entre tous les créanciers solidaires, et si le créancier qui avait exigé et reçu la totalité de la créance, était obligé d'en faire part aux autres créanciers. Le droit romain avait sur ce point des règles diverses, suivant que la créance provenait d'une cause commune à tous, ce qui établissait entre eux une sorte de

société ([1]); ou d'une cause particulière à celui qui avait touché; et encore suivant les conventions qui déterminaient les droits des parties ([2]). Mais aujourd'hui, du moins en matière de solidarité contractuelle ou légale, la seule qui nous doive occuper ([3]), et surtout en matiere commerciale, la question ne pourrait même pas être soulevée. Les créanciers solidaires poursuivent tous le même but, qui est le profit commun qu'ils se proposent de l'opération dans laquelle ils se sont constitués créanciers : la créance se divise donc de plein droit entre eux, soit également, soit inégalement s'il y a clause contraire à l'égalité ([4]). Suivant Vinnius ([5]), le créancier solidaire qui avait reçu le total de la créance commune, devait, même en droit romain, y faire participer les autres créanciers, *æquitatis causâ*. C'est cette équité qui est devenue notre règle.

22. Mais c'est une question plus grave que celle de savoir si le créancier solidaire qui n'a exigé et reçu que sa part, doit admettre les autres créanciers à y participer, dans le cas où l'insolvabilité du débiteur viendrait à empêcher celui-ci de leur payer la leur. Je crois qu'il faut distinguer. Dans les cas ordinaires et lorsqu'il s'agit d'une solidarité conventionnelle, un créancier solidaire qui n'aurait exigé et reçu que sa part, ne pourrait, à moins de convention contraire, être tenu, sous prétexte de l'insolvabilité du débiteur, de la partager avec ses co-créanciers. Si un débiteur solidaire a la faculté de de-

---

([1]) Voët, *Ad pand.*, *de duob. reis*, n. 7, L. LXII, *in pr. ff. Ad legem falcid.*

([2]) Voy. M. Duranton, t. XI, n. 171 et suiv.

([3]) Sur la solidarité en matière de legs ou de donations, voyez M. Toullier, t. VI, n. 727.

([4]) M. Toullier, t. VI, n. 727; M. Delvincourt, t. II, n. 502; M. Duranton, t. XI, n. 172; M. Zachariæ, t. II, p. 266.

([5]) Sur le § 1 des inst. *de duob. reis*.

mander et de recevoir toute la créance, il a également le droit de ne demander que sa part, parce que le mandat que les créanciers sont présumés s'être réciproquement donné, n'a rien de forcé, et qu'il ne dispense ni les uns ni les autres de veiller à leurs intérêts particuliers.

Si, au contraire, il s'agissait de la solidarité légale, des associés qui, dans le silence de l'acte social, ont le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, et conséquemment de toucher les créances sociales (1), il faudrait décider que toute somme touchée par un associé est nécessairement partageable entre tous les co-associés, bien que cette somme ne représentât que la part de l'associé qui l'a touchée. La raison en est que la société étant une personne morale, ceux qui sont engagés envers elle ne sont pas précisément les débiteurs des individus qui la composent : ils sont les débiteurs de cette personne morale. Il suit de là que lorsque les créanciers font un payement à l'un des associés, en sa qualité de représentant légal de la société, le payement, partiel ou intégral, n'est pas réputé fait à la personne de l'associé, mais à la personne morale qu'il représente; en d'autres termes, l'associé ne reçoit qu'à la charge de faire participer la société au bénéfice de ce payement, en le versant dans la caisse sociale pour le compte de tous les associés.

23. De ce que le payement intégral fait à l'un des créanciers solidaires, libère le débiteur à l'égard de tous les autres, il n'en faudrait pas conclure que la libération qui serait accordée au débiteur par tout autre moyen que par le payement, pût être également opposée aux autres créanciers.

Ainsi, aux termes de l'art. 1198 du Code civil, la remise de la dette, faite par l'un des créanciers solidaires, ne libère

(1) Voy. *sup.*, n. 19.

le débiteur que pour la part du créancier qui a fait la remise. En effet, les créanciers solidaires ne sont réputés mandataires réciproques, que pour toucher la créance due et en donner quittance : ils n'ont aucun mandat pour aliéner la créance ou en disposer de quelque manière que ce soit. Le droit romain avait une règle contraire ([1]) qui se trouvait parfaitement d'accord avec celle qui dispensait le créancier auquel le payement avait été fait d'appeler les autres créanciers à y participer, et qui donnait en quelque sorte au plus diligent la propriété de la créance totale ([2]). Mais aujourd'hui que tous les créanciers solidaires ont un droit égal au bénéfice de la créance, chacun d'eux peut bien la recevoir tant pour lui que pour les autres; mais en y renonçant pour lui-même, il ne peut y renoncer pour les autres, qui n'ont pas remis leurs droits à sa disposition ([3]).

Il en est ainsi même de la remise qui serait faite par un associé. La solidarité active des associés qui provient du droit qu'ils ont d'administrer la société, ne leur donne pas le droit de disposer des créances sociales, parce que le pouvoir d'administrer n'emporte pas celui d'aliéner ([4]).

24. Néanmoins, s'il s'agissait d'une remise de dette faite par un concordat après faillite du débiteur, cette remise serait opposable à tous créanciers solidaires, bien qu'un seul d'entre eux eût pris part au concordat. L'homologation du concordat le rendant obligatoire pour tous les créanciers absents ou présents, consentants ou refusants, les créanciers

---

([1]) *Acceptilatione unius tota solvitur obligatio.* L. II, *ff. De duob. reis.*
([2]) Voy. *sup.*, n. 20.
([3]) M. Toullier, t. VI, n. 726; M. Delvincourt, t. II, p. 500; M. Duranton, t. XI, n. 176; M. Zachariæ, t. II, p. 265.
([4]) C. civ., 1988.

solidaires qui seraient liés par ce contrat, lors même qu'aucun d'eux n'y aurait consenti, ne peuvent se trouver dans une meilleure condition, parce qu'un d'eux y a pris part.

25. De même que le créancier solidaire ne peut nuire aux autres créanciers en faisant remise de la dette, de même aussi il ne peut leur nuire en déférant le serment au débiteur. Le droit romain avait encore à cet égard une règle contraire ([1]), fondée sur les mêmes principes que celle qui était relative aux effets de la remise, et que les mêmes raisons doivent faire rejeter sous l'empire du droit actuel ([2]).

26. On doit en dire autant du jugement qui aurait renvoyé le débiteur de poursuites dirigées contre lui par un créancier solidaire. Ce jugement n'est opposable qu'au créancier qui y a figuré, et nullement à ceux qui n'y ont pas été parties ([3]).

27. Il en est de même de la novation, qui peut être considérée comme une remise de la dette, puisqu'elle l'éteint par le changement qu'elle opère, soit dans l'essence même de l'obligation, soit dans la personne du débiteur ou du créancier ([4]).

28. Il en est encore de même et par les mêmes raisons de la transaction qui serait consentie par un des créanciers solidaires : comme la remise, comme le payement, comme la novation, elle n'aurait d'effet qu'à l'égard de ce créancier, et ne pourrait être opposée aux autres ([5]).

([1]) *In duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum, etiam alteri nocebit.* (L. XXVIII, *ff. De jurejur.*)

([2]) C. civ., 1365.

([3]) M. Duranton, t. XI, n. 179; M. Zachariæ. t. II, p. 265.

([4]) M. Duranton, t. XI, n. 176; M. Delvincourt, t. II, p. 500; M. Zachariæ, t. II, p. 265.

([5]) M. Duranton, t. XI, n. 177.

29. Je pense même, quoique l'opinion contraire ait été soutenue avec assez d'insistance (¹), que la compensation qui libère le débiteur vis-à-vis d'un des créanciers solidaires, ne le libère pas envers les autres. Pour compenser une créance, il faut en être propriétaire. Or, un créancier solidaire, mandataire de ses co-créanciers pour toucher la créance totale, n'en est propriétaire que pour sa part. Cette créance ne peut donc se compenser que pour sa part avec les sommes dont il serait redevable envers le débiteur (²).

30. Tout acte qui interrompt la prescription au profit de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers (³), parce que l'acte interruptif émané du mandataire doit naturellement profiter au mandant. Mais il en est autrement de la suspension de la prescription, qui aurait lieu à l'égard de l'un des créanciers, par exemple pour fait de minorité : cette suspension ne profiterait pas aux autres créanciers, parce que l'incapacité du mandataire, qui est la cause de cette suspension, ne peut en aucun cas profiter au mandant (⁴).

31. De ce que l'action intentée par un des créanciers solidaires a pour effet de conserver les droits des autres, il en résulte que la demande d'intérêts formée par un des créanciers, fait courir les intérêts au profit de tous (⁵).

32. Telle est l'indication succincte des effets de la solidarité entre créanciers. Faisons observer en terminant que les

(¹) Voy. M. Duranton, t. XI, n. 178; M. Zachariæ, t. II, p. 265.
(²) M. Delvincourt, t. II, p. 500.
(³) C. civ., art. 1199.
(⁴) M. Merlin, *Répert.*, vº *Prescription*, sect. 1, § 7, art. 2; *Quæst. eod. verb.*, § 14; M. Troplong, *Des prescript.*, t. II, n. 759; M. Zachariæ, t. II, p. 285, note. 1; — *Contrà*, M. Delvincourt, t. II, p. 499, et M. Duranton, t. XI, n. 180.
(⁵) M. Zachariæ, t. II, p. 264.

mêmes effets n'ont pas lieu à l'égard des héritiers de l'un des créanciers solidaires. La part de ce créancier se divise de plein droit entre ses héritiers, à moins que la créance ne soit indivisible ([1]).

—

§ III. — *De la solidarité entre les débiteurs.*

Sommaire. — 33. Définition de la solidarité entre les débiteurs. — 34. Il peut y avoir solidarité, bien que tous les débiteurs ne soient engagés ni en même temps, ni par le même acte. — 35. Il peut y avoir solidarité quoique tous les débiteurs ne soient pas obligés de la même manière.

33. Ainsi que nous l'avons déjà dit, la solidarité entre débiteurs est l'obligation imposée à chacun d'eux de payer ou de faire seul, pour tous, la chose qu'ils doivent en commun ([2]). En d'autres termes, il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier. Telle est la définition que l'article 1200 du Code civil donne de la solidarité entre les débiteurs.

34. C'est donc la même obligation imposée à plusieurs, de faire ou de payer une même chose, et de la faire ou de la payer totalement comme s'il n'y avait qu'un seul obligé, qui constitue la solidarité passive. Il suit de là que si plusieurs sont obligés, bien que par le même acte, à faire ou à donner des choses différentes, il y a autant d'obligations que de personnes, mais il n'y a pas de solidarité; tandis que si la même obligation est imposée à plusieurs, également tenus de l'exécuter pour le tout, il y a solidarité, bien que tous ne se soient

([1]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 465.
([2]) Voy, *sup.*, n. 2.

engagés ni en même temps, ni par le même acte. Le droit romain exigeait, il est vrai, à la fois l'identité et la simultanéité d'obligation ([1]); mais cette règle, qui était une conséquence des formes rigoureuses de la stipulation, et qui d'ailleurs n'était pas uniformément admise ([2]), ne saurait trouver place dans notre droit. On doit donc reconnaître, contrairement à l'opinion de M. Toullier ([3]), qui a cédé avec trop de docilité à l'influence des idées romaines, qu'il suffit que les engagements successifs se rapportent tous à la même chose et se réfèrent les uns aux autres, pour que tous les coobligés puissent être solidaires ([4]). Le droit commercial offre d'ailleurs dans la solidarité du tireur et des endosseurs successifs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, un exemple remarquable de la solidarité imposée à des coobligés successifs, et dont le mode d'engagement exclut nécessairement la simultanéité ([5]).

35. Il peut également y avoir solidarité, quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au payement de la même chose : il ne faut pas confondre le mode d'engagement ou d'obligation, avec la chose qui en fait l'objet. Rien ne s'oppose donc à ce que l'un des débiteurs ne soit obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple; à ce que l'un ait un terme qui n'est point accordé à l'autre ([6]); à ce que celui-ci soit soumis à la contrainte par corps en qualité de commerçant, tandis que celui-là en est affranchi, ce qui se rencontre fréquemment

---

([1]) L. XII, *in pr.*, *ff. De duob. reis.*
([2]) L. XIII, *in pr.*, *ibid.*
([3]) T. VI, n. 725.
([4]) M. Delvincourt, t. II, p. 508; M. Duranton, t. XI, n. 188.
([5]) C. com., art. 140 et 187. Voy. *inf.*, n. 81.
([6]) C. civ., 1201.

dans les obligations résultant de billets à ordre revêtus de signatures de commerçants et de non-commerçants ([1]). Dans ces divers cas, chacun des coobligés doit être poursuivi de la manière, dans la forme et suivant les conditions qui lui sont particulières, d'où il suit que si l'un des coobligés peut invoquer le bénéfice d'un terme, son coobligé, qui a payé la totalité de la dette, ne peut recourir contre lui que lorsque le terme est arrivé; et que si l'un d'eux n'est obligé que sous une condition suspensive, la solidarité n'existera, à vrai dire, que du moment ou la condition se sera réalisée ([2]).

Avant d'entrer dans l'exposition des effets de la solidarité entre les débiteurs, il est nécessaire de donner quelques explications sur les principaux cas de solidarité légale. On comprendra mieux les effets de la solidarité quand on se sera rendu compte des circonstances dans lesquelles elle se produit le plus ordinairement.

Art. 1. — Quand y a-t-il solidarité entre les débiteurs ?

SOMMAIRE. — 36. Solidarité conventionnelle ; elle peut toujours être stipulée. — 37. Cas divers de solidarité légale. — 38. Solidarité entre associés ; elle n'a lieu qu'en matière commerciale, et non en matière civile.—38 bis. Historique des règles sur la solidarité des associés. Droit romain. — 39. Droit italien. 40. Ancien droit français. — 41. Droit nouveau. — 42. De la solidarité dans les sociétés en nom collectif. — 43. L'engagement souscrit par tous les associés nominativement est solidaire. — 44. Il en est de même des engagements souscrits de la raison sociale. Origine de la raison sociale. — 45. Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale. — 46. Les associés sont-ils solidairement tenus des engagements souscrits d'une raison sociale dans laquelle on a introduit un nom qui ne figure pas parmi ceux des associés ? — 47. Celui qui, sans être associé, laisse mettre son nom dans une raison sociale, est-il obligé comme un associé véritable ? — 48. La signature sociale n'oblige solidairement tous les associés que lorsque celui qui a signé avait qualité pour le faire. — 49. Peut-on stipuler que l'engage-

---

(1) M. Duranton, t. XI, n. 189.
(2) C. com., 637.

ment souscrit de la signature sociale ne sera obligatoire pour la société que s'il a été signé par deux ou plusieurs associés? — 50. L'associé qui a signé sans qualité, est seul tenu pour le tout envers les tiers. — 51. Si plusieurs ont signé sans qualité, ils sont seuls obligés solidairement. — 52. Les gérants investis du pouvoir de signer peuvent être pris en dehors de la société. — 53. Le mandataire des gérants, associés ou non, n'a pas la signature. — 54. L'engagement contracté sous la raison soriale, par une personne ayant qualité, oblige la société, alors même que l'engagement n'a pas été pris dans l'intérêt de la société et qu'elle n'en a pas profité; à moins que la nature même ou l'objet de l'engagement indique qu'il a été contracté dans l'intérêt exclusif de l'associé signataire. — 55. Il n'y a aucune formule sacramentelle pour l'expression de la raison sociale. — 56. L'engagement souscrit par l'un des associés en son nom personnel, peut-il obliger solidairement les autres associés? — 57. Les associés peuvent-ils se prévaloir entre eux de la solidarité qui les lie vis-à-vis des tiers? — 58. Les associés sont-ils solidairement tenus envers les tiers, des engagements pris par le liquidateur après la dissolution de la société? — 59. En quoi consistent les pouvoirs du liquidateur? — 60. Du cas où les tiers ignorent que la société est en liquidation. — 61. Les associés en nom collectif peuvent-ils stipuler qu'ils ne seront pas solidaires envers les tiers? — 62. De la solidarité dans les sociétés en commandite. Distinction entre les commandités et les commanditaires. — 63. Des sociétés en commandite pour la course maritime. — 64. Comment l'associé commanditaire peut devenir solidaire.— 65. ... Quand son nom fait partie de la raison sociale. — 66. *Quid*, de la signature N. et Cie, dans le cas où la société ne se compose que d'un seul commandité et de commanditaires? — 67. Des actes de gestion faits par un commanditaire. — 68. Distinction entre les actes de gestion ou d'administration, et les actes de surveillance. — 69. Le commanditaire peut, sans se rendre solidaire, faire pour son propre compte des affaires avec la société. — 70. Action des tiers contre les commanditaires, quand ils sont devenus solidaires. — 71. Quand ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur apport. — 72. Des sociétés anonymes : elles ne produisent aucune solidarité. — 73. *Quid*, avant leur formation? — 74. Des associations commerciales en participation. Les participants sont-ils solidaires? — 75. Nature particulière de l'association en participation : elle ne constitue point un corps moral. — 76. L'unité de l'affaire ou la courte durée de l'opération n'est point le caractère distinctif de la participation. — 77. Les tiers n'ont pas d'action solidaire contre les participants. — 78. Les tiers n'ont qu'une action oblique. — 79. ......Même quand l'association a profité de l'engagement. — 80. *Quid*, du cas où les prétendus participants s'engagent conjointement et s'obligent en commun? — 81. De la solidarité en matière d'effets négociables ou transmissibles par voie d'ordre; lettre de change, billet à ordre, prêt à la grosse, connaissement. — 82. La solidarité atteint tous les signataires des lettres de changes ou des billets à ordres, commerçants ou non commerçants. — 83. *Quid*, des lettres de change réputées simples promesses? Distinction. — 84. ....Des lettres de change signées par des femmes ou des filles non marchandes publiques. — — 85. ... Des lettres de change souscrites par des femmes conjointement avec leurs maris. — 86. Nature particulière de la solidarité en matière de lettres de change ou de billets à ordre. — 87. Solidarité du tireur. — 88. Du donneur d'ordre. — 89. ...Des endosseurs. — 90. Le protêt est la

condition du recours solidaire. — 91. De la renonciation au recours solidaire. — 92. Etendue de la solidarité en matière de prêt à la grosse. — 93. Du protêt du contrat à la grosse. — 94. De la solidarité en matière de connaissement. — 95. De la solidarité en matière de mandat. — 96. Solidarité des mandataires : elle n'existe pas de plein droit, spécialement en matière de commission. — 97. Les syndics d'une faillite sont-ils solidaires, soit envers les tiers, soit envers la masse ? — 98. *Quid*, des liquidateurs ? — 99. Solidarité des mandants. ....Spécialement des commettants. — 100. Les syndics d'une faillite ont-ils une action solidaire contre la masse ? — 101. *Quid*, du mandataire constitué par les syndics ou par la masse des créanciers? — 102. *Quid*, de l'action des liquidateurs ?—103. De la solidarité en matière de gestion d'affaires. — 104. .... En matière de dépôt. — 105. ... Entre époux mariés sous le régime de la communauté. — 106. Solidarité des locataires en cas d'incendie. — 107. Solidarité en matière de dommages-intérêts.

36. Comme nous l'avons déjà dit, la solidarité ne se présume pas : il faut même, en matière commerciale ([1]), qu'elle soit expressément stipulée, sauf les cas où elle a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi ([2]). En d'autres termes, la solidarité est conventionnelle ou légale : conventionnelle, quand elle est stipulée d'une manière expresse, mais qui ne requiert l'emploi d'aucune formule sacramentelle ([3]); légale, quand elle est imposée par la loi.

On peut stipuler la solidarité dans toute obligation où il y a plus d'un coobligé : la loi n'a posé, à cet égard, aucune limite à la liberté des conventions.

37. Mais elle a limitativement indiqué les cas de solidarité légale. Nous en avons précédemment fait une énumération approximative : il nous reste à entrer ici dans quelques explications sur ceux de ces cas qui sont spéciaux aux matières commerciales, ou qui, résultant d'une disposition de la loi civile, constituent un principe général dont le commerce fait son profit.

Occupons-nous d'abord des cas de solidarité légale dont

([1]) V. *sup.*, n. 3.
([2]) C. civ., 1202.
([3]) Voy. *sup.*, n. 4.

l'application est la plus ordinaire, c'est-à-dire de la solidarité des associés et de la solidarité des signataires des lettres de change, et des billets à ordre.

38. La solidarité des associés est particulière aux sociétés commerciales. Dans les sociétés autres que celles de commerce, non-seulement les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, mais encore l'un des associés ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont pas donné le pouvoir : telle est la disposition expresse de l'article 1862 du Code civil. Au contraire, dans les sociétés commerciales, les associés en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale; ainsi le veut l'article 22 du Code de commerce.

Le fondement principal de cette disposition du droit commercial repose sur une fiction de droit qui a pour effet de faire considérer les sociétés comme un corps moral, *corpus mysticum*, suivant l'expression de la Rote de Gênes ([1]). Ce corps moral ayant une existence particulière et des droits distincts de ceux des personnes qui le composent, est dès-lors directement représenté par chacun de ceux qui, en s'associant dans un but déterminé, s'est rendu partie intégrante d'une personne morale aussi indivisible intellectuellement qu'une personne naturelle. Il suit de là que l'action sociale dirigée contre un associé est, dans le fait, dirigée contre la société, et que l'associé est tenu d'y répondre non-seulement pour sa part, mais solidairement et pour le tout. Il est vrai que les sociétés civiles formant un corps moral aussi bien que les sociétés commerciales ([2]), devraient logiquement être

([1]) Décis. 7, n. 9.
([2]) M. Duvergier, *Des sociétés*, n. 381 et suiv.; M. Troplong, n. 58 et suiv.

également placées sous le régime de la solidarité. Mais si le droit civil, proprement dit, n'a pas su ou n'a pas voulu tirer toutes les conséquences d'un principe commun aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales, et s'il a soustrait les premières à la solidarité, il a en cela consacré une anomalie et apporté une véritable exception à une règle générale imposée par la nature même des choses. Les sociétés commerciales sont donc à vrai dire dans le droit commun, et les sociétés civiles dans l'exception. On s'explique d'ailleurs très bien comment les conséquences naturelles de la fiction légale qui fait une personne morale des sociétés, ont été adoptées par le droit commercial, et répudiées par le droit civil. Il est indispensable, pour la sûreté et la promptitude des transactions commerciales, que celui qui a contracté avec une société, c'est-à-dire avec un corps moral, ne soit pas tenu de diviser son action contre les représentants de ce corps. Il n'a pas contracté avec les associés personnellement et en leur privé nom; il a contracté avec la société: c'est donc à la société seule que l'intérêt du commerce veut qu'il ait affaire; et quand il s'adresse à tel ou tel associé, c'est la société qu'il est présumé poursuivre dans la personne de l'un de ses représentants. Il n'y a pas d'opération commerciale qui ne fût compromise, si le créancier qui n'a qu'un débiteur, la société, était obligé de discuter les associés les uns après les autres.

Dans les sociétés civiles, au contraire, il n'y a rien de pareil: l'urgence n'est pas la même, les intérêts sont moins pressants. Le législateur a donc pu, sans inconvénient, soustraire les sociétés civiles au régime de la solidarité, et préférer la commodité des débiteurs au droit strict des créanciers.

38 *bis*. Toutefois, la solidarité des associés en matière commerciale, telle qu'elle existe aujourd'hui, c'est-à-dire,

soit qu'un seul ait contracté pour tous, soit que tous aient contracté, n'a pas toujours été admise. Elle est l'œuvre de la coutume et la fille du temps; mais comme, dans cette circonstance, la coutume s'est trouvée être l'expression des nécessités commerciales, en même temps qu'elle était conforme à la nature des choses, elle a fini par être adoptée par la loi qui, en la consacrant, n'a fait que suivre la voie déjà ouverte par la pratique, et éclairée par une doctrine d'autant plus certaine qu'elle avait rencontré des résistances, et qu'elle avait eu la force d'en triompher.

En effet, le droit romain, dont l'influence se fit longtemps sentir dans le droit commercial, n'avait pas admis le principe général de la solidarité des associés. Une raison d'intérêt public, plutôt qu'une raison de droit, avait fait admettre la solidarité dans les sociétés d'argentiers ([1]), et peut-être dans les sociétés de publicains ([2]); mais dans les autres sociétés, les associés n'étaient engagés solidairement que lorsqu'ils avaient agi par le ministère d'un facteur, d'un commis ou d'un mandataire. Le Digeste renferme plusieurs textes d'Ulpien, fort précis sur ce point. Dans l'un, Ulpien suppose deux commerçants associés, et qui ont préposé un commis ou instituteur à la gestion de leur maison : et il décide qu'ils sont tenus solidairement des engagements pris en leur nom par leur mandataire ([3]). Dans d'autres, il décide que si plusieurs armateurs ont préposé un maître ou capitaine à la gestion de leur navire, ils sont solidairement tenus des faits de celui-ci ([4]) : non pas, précisément, parce que celui qui avait

---

([1]) L. xxv, *ff. De pactis.*
([2]) L. ix, § 4, *ff. De publicanis*; Voët, *Pro socio*, n. 15; voyez M. Troplong, *Des sociétés*, n. 822.
([3]) L. xiii, *ff. De instit. act.*
([4]) L. i, § 25, et iv, § 1, *ff. De exercit. act.*

contracté avec un corps moral, représenté par un commis ou facteur, n'avait d'autre débiteur que ce corps moral lui-même, dont chacun des associés était le représentant, conséquence que les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir aperçue, bien que d'ailleurs ils vissent dans la société civile ou commerciale, une personne morale ([1]), mais par cette raison moins générale et plus particulière que celui qui avait contracté avec un représentant unique des associés, ne devait pas être contraint à se débattre contre plusieurs, *ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit* ([2]). Quand, au contraire, tous administraient en commun la chose mise en société, chacun d'eux ne pouvait être actionné que pour sa part sociale ([3]), ce qui prouve qu'ils n'avaient pas vu toutes les conséquences qu'on pouvait tirer de l'existence du corps social, puisque cette conséquence les eût inévitablement amenés à faire une règle générale de la solidarité dont ils ne faisaient qu'une exception.

39. Le mouvement commercial qui se manifesta au moyen-âge dans les républiques italiennes, fit sentir la nécessité de la solidarité sociale; les commerçants conclurent alors avec plus de rigueur et de justesse que ne l'avaient fait les jurisconsultes. Des auteurs fort anciens, et dont les noms sont à peine parvenus jusqu'à nous, les suivirent dans cette voie nouvelle, mais il y eut des résistances. Nous avons déjà vu Bartole lui-même résolvant par les règles du droit romain, des questions auxquelles l'état présent des choses avait donné une vivacité toute nouvelle, chercher à résister à la pratique des commerçants, et même à l'opinion des jurisconsultes novateurs qui admettaient la solidarité des associés, non-seulement quand ils avaient agi par le ministère d'un

---

([1]) Voy. M. Duvergier et M. Troplong déjà cités.
([2]) Gaïus, L. II, *ff. De exercit. act.*
([3]) L. II, *in pr.*, *ff. De exercit. act.*

instituteur, mais encore quand ils avaient contracté tous ensemble. Dans tous les cas où les associés remplissaient un office public, Bartole avouait qu'ils étaient solidaires, par analogie de ce que les lois romaines décidaient relativement aux sociétés d'argentiers; mais s'il s'agissait d'une affaire privée, il n'admettait la solidarité que lorsque les associés agissaient par le ministère d'un facteur ou instituteur, ou lorsqu'opérant séparément et dans des lieux différents, ils pouvaient être réputés respectivement instituteurs ou mandataires les uns des autres ([1]). Mais les sociétés commerciales, à une époque aussi essentiellement commerçante que le moyen-âge de l'Italie, ne pouvaient s'accommoder d'un système qui étouffait leurs développements, dans les étroites limites d'une législation faite pour d'autres temps, et proportionnées à de moindres nécessités. L'opinion qui admettait la solidarité des associés, soit qu'un seul eût contracté pour tous les autres, présents ou absents, soit que tous se fussent engagés conjointement, devait donc finir par l'emporter.

Sur le premier point, la jurisprudence italienne se dessina nettement dans les arrêts de la Rote de Gênes ([2]). Mais pour la justifier, la doctrine, au lieu de se fonder sur la raison prépondérante de l'indivisibilité du corps social, dont les associés sont les représentants, eut recours à une théorie renouvelée du droit romain, et sur l'exactitude

---

([1]) *...Si vero talis negotiatio propriâ voluntate fuerit assumpta, non ex publico, tunc aut plures gerunt istam negotiationem et mercantiam per suos institores seu exercitores qui vulgo appellantur factores, et quilibet eorum tenetur in solidum institoriâ seu exercitoriâ actione.... Si verò talem negotiationem gerunt per se ipsos, tunc aut ambo et quilibet tenetur pro portionem quam habet in negotiationem; aut exercet separatim, putâ sunt duo socii, unus exercet Perusii, alius exercet Florentiæ, tunc quilibet tenetur in solidum... Invicem institores præpositi.* (*In lege Eamdem*, quæst. 7, n. 9).

([2]) *Decis.* 14, n. 176.

de laquelle il est facile d'élever des doutes. On prétendit que tous les associés étant réputés les mandataires les uns des autres, tous répondaient solidairement de ce qui était fait par l'un d'entr'eux : *ex verâ passimque in foro receptâ conclusione*, disait le cardinal de Luca ([1]), *quod inter socios de jure datum censetur reciprocum mandatum per quod quilibet eorum commune negotium administrare potest, atque in ejusdem negotii causam consocios etiam in solidum obligare*. Mais il me paraît certain que si de ce que plusieurs personnes se sont données un mandat respectif, on peut conclure qu'elles sont toutes solidaires les unes vis-à-vis les autres, en ce qui touche l'action de mandat, par application de la règle qui déclare solidairement tenus des effets du mandat, les personnes qui ont constitué le même mandataire pour une affaire commune ([2]), rien n'autorise à conclure de cette règle que les mandants soient solidairement tenus envers les tiers avec lesquels a contracté le mandataire ([3]). Et sous l'empire du droit romain, il était d'autant moins permis d'étendre jusque là les effets de cette règle, que la disposition spéciale qui accordait la solidarité contre les associés représentés par un commis ou facteur ([4]), eût été complètement inutile, si de droit commun les mandants collectifs eussent été solidairement responsables des faits de leur mandataire. Aussi le cardinal de Luca, semblant pressentir la faiblesse de ce motif, invoque subsidiairement l'intérêt du commerce : *Et quando desuper non haberemus juris dispositionem, id evidenter comprobarent tam ipsa ratiò naturalis quàm communis usus commercii mercantilis, cum aliàs nego-*

([1]) *De cambiis*, disc. 29, n. 5.
([2]) L. LIX, § 5, *ff. Mandati vel contrà*; code civ., art. 2002.
([3]) Voy. *inf.*, n. 95 et suiv.
([4]) Voy. *sup.*, n. 9.

tia socialia quæ frequentius habent socios in diversis locis existentes, explicari non possint [1]. Cette raison n'est pas la meilleure de toutes, mais elle vaut assurément mieux que la première.

40. La jurisprudence italienne fut de bonne heure reçue en France, ainsi que le constatent les arrêts des parlements cités par Charondas [2] et par Maynard [3], rendus dans le XVIe siècle, et l'opinion unanime de nos anciens auteurs [4]. « On tient pour certain, dit Bacquet [5], que les marchands associés sont solidairement obligés par les cédules et obligations les uns des autres, tellement que l'un d'eux achetant de la marchandise ou bien empruntant deniers, *omnes in solidum tenentur*, et peuvent être solidairement convenus pour payer le tout. La cédule de l'un est autant que si elle était faite par l'autre; le fait de l'un est le fait de l'autre; sont tenus solidairement du fait l'un de l'autre, et s'obligent l'un l'autre, *sive præsentes, sive absentes, sive scientes, sive ignorantes : censentur enim invicem exercitores, vel institores, vel præpositi, vel magistri*... Et cela est certain en France entre marchands associés, de quelque négociation que ce soit, volontaire ou autre. » Sur la raison déterminante de la solidarité sociale, Bacquet tombe ici, comme on le voit, dans la même erreur que le cardinal de Luca; mais sur la question en elle-même, il est impossible d'être plus clair et plus net.

---

(1) *Loc. cit.*, n. 4.

(2) Arrêt du parlement de Paris, du 7 sept. 1564; Charondas, *Rep.*, l. VII, ch. 103 et l. VIII, ch. 38.

(3) Arrêt du parlement de Toulouse, du mois d'août 1594; Maynard, liv. IV, ch. 24.

(4) Toubeau, *Inst. du droit consulaire*, t. II, p. 93; Bornier, sur l'art. 7 du titre *Des sociétés*; Maréchal, *Traité des changes et rechanges*.

(5) *Droits de justice*, ch. 21, n. 250.

Le second point ne resta pas non plus longtemps douteux : dès qu'un seul associé peut obliger solidairement tous les autres, parce que seul il représente le corps social, à plus forte raison tous les associés le représentent-ils et doivent-ils être tous solidairement engagés, quand tous se sont engagés ensemble et en même temps. On ne pouvait donc admettre la solidarité dans un cas sans l'admettre dans l'autre. La coutume fut dès-lors la même dans les deux hypothèses, et ni la jurisprudence ([1]), ni la doctrine ne distinguèrent là où il y avait même raison de décider. « Ce faisant, dit encore Bacquet ([2]), si deux marchands empruntent six cents écus à rendre dedans six mois, et que l'obligation porte associés, ils sont solidairement obligés et tenus au payement de la somme due. »

41. Ces règles furent de bonne heure consacrées par la loi française, avec les distinctions exigées par les caractères particuliers aux différentes espèces de sociétés. Ainsi, l'art. 7 de l'ordonnance de 1667, *Titre des sociétés*, porte que « tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie, et non autrement; » tandis que l'art. 8 ajoute que « les associés en commandite ne seront obligés que jusqu'à concurrence de leur part. » Ces dispositions ont été reproduites et développées par le Code de commerce. Le Code de commerce distingue la *société en nom collectif* ou générale, qui est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale ([3]), et dans la-

([1]) Rote de Gênes, décis. 14 *passim*.
([2]) *Loc. cit.*
([3]) C. com., art. 20.

quelle tous les associés sont solidaires ([1]); la *société en commandite*, qui se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds que l'on nomme *commanditaires* ou *associés en commandite*, et qui ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leur part ([2]); la *société anonyme* qui n'existe point sous un nom social, qui est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise, et dont les associés ne sont jamais solidaires ([3]), et enfin l'association en participation ([4]).

42. Examinons successivement les règles particulières à ces différentes sortes de sociétés.

La société en nom collectif est la société proprement dite. C'est la véritable association des personnes et des capitaux; c'est à la société en nom collectif que le cardinal de Luca donne la qualification de société générale et universelle, *societas universalis* ([5]); c'est à cette société que s'appliquent principalement les règles anciennes sur le lien solidaire qui réunit tous les associés en un faisceau, règles auxquelles l'art. 23 du Code de commerce a donné la consécration de son autorité.

Aux termes de cet article, « les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale. »

43. Il résulte d'abord de cette disposition, que l'engagement souscrit par tous les associés nominativement et par l'apposition distincte de leurs signatures, les oblige solidai-

---

([1]) C. com., art. 22.
([2]) C. com., 23.
([3]) C. com., art. 29, 30, 33.
([4]) C. com., 47 et suiv.
([5]) *De cambiis*, disc. 29, n. 6.

rement. S'ils sont tous obligés solidairement, encore qu'un seul des associés ait signé pourvu que ce soit sous la raison sociale, à plus forte raison sont-ils tous obligés de la même manière, lorsque tous ont signé et réellement donné leur signature, dont la raison sociale n'est que la représentation collective. C'est ce qui a lieu notamment quand une société n'étant pas constatée par écrit, ne prend pas de raison sociale. Dans ce cas, quoique la société puisse être annulée à l'égard des intéressés, elle n'en conserve pas moins tous ses effets à l'égard des tiers ([1]), qui peuvent dès-lors agir solidairement contre les associés, aussi bien que si la société était constatée par acte écrit. C'est ce qui fait que les obligations conjointes souscrites par des commerçants, peuvent être déclarées solidaires, lorsqu'il est établi que ces commerçants sont associés soit d'une manière permanente, soit momentanément et pour l'affaire particulière, qui fait l'objet de l'engagement ([2]).

44. Il résulte ensuite de ce même article 22, que dans les engagements de la société, la raison sociale équivaut pleinement à la signature de tous les associés, et les engage tous, comme si tous avaient réellement et effectivement signé.

Dans l'origine, l'associé qui contractait au nom de la société, signait non-seulement de son nom, mais encore du nom de ses coassociés qu'il ajoutait au sien. C'est ce qu'on appelait, *expendere nomen in simul*, donner son nom en commun. La preuve de cet usage est fournie par la Rote de Gênes, dans un passage très remarquable que j'ai déjà eu l'occasion de citer ([3]), où elle décide qu'il y a solidarité,

---

([1]) C. com., art. 42.
([2]) Voy. *sup.*, n. 11.
([3]) Voy. *sup.*, n. 10.

quando reus subscribit nomen suum, ut alterius socii, vel plurium scientium et patientium,.... et illud est expendere nomen in simul [1]. Mais on simplifia bientôt après une signature composée de plusieurs noms, en adoptant une signature ou une raison sociale, *nomen sociale*, comme dit Casaregis [2], qui embrassait, sous la formule collective de *N... et compagnie*, les noms de tous les associés nommés ou innommés. M. Frémery, dans une dissertation fort savante mais un peu systématique, et qui a le défaut de ne pas tenir compte des autorités les plus graves, cherche à établir que la formule *N.... et compagnie*, n'a pas eu primitivement pour but et pour résultat d'obliger solidairement les associés non dénommés, mais au contraire de laisser inconnus ceux qui voulaient échapper à la solidarité; qu'elle était particulière à la société en commandite, où les associés commanditaires sont affranchis de la solidarité qui pèse sur les autres [3], et que ce n'est que plus tard et par extension, qu'elle est devenue le signe d'une société ordinaire et une source de solidarité [4]. M. Troplong [5] a prouvé, avec autant de logique que d'érudition, que la formule *N... et compagnie* a originairement désigné des associés solidaires envers les tiers, des associés collectifs ou enveloppés dans une formule collective, et que la société en commandite ne s'en est emparée que plus tard, lorsque l'écriture, devenue plus fréquente dans la constitution des sociétés, est arrivée en aide aux commanditaires, et a éclairé le public sur la position limitée dans laquelle ils entendaient rester. Quoi qu'il en soit de ce point, qui ne

(1) Décis. 97, n. 13.
(2) Disc. 39, n. 13.
(3) Voy. *inf.*, n. 62.
(4) *Études de droit comm.*, p. 39.
(5) *Des sociétés*, n. 361 et suiv.

peut avoir aujourd'hui qu'un intérêt purement historique, toute société qui a des associés solidaires, peut avoir une raison sociale : la société en nom collectif, parce que tous les associés qui la composent sont solidaires; la société en commandite, parce qu'elle a nécessairement des associés solidaires, à l'égard desquels la société est en nom collectif (¹).

45. Il suit de là que les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale (²), puisque seuls ils peuvent donner leur nom à la société, et que d'ailleurs l'indication d'un nom dans la raison sociale, suppose l'association des personnes nommées avec celles qui ne sont pas nommées.

46. De là naissent deux questions : la première, de savoir si les associés véritables sont solidairement tenus des engagements souscrits par une raison sociale dans laquelle ils ont introduit un nom qui ne figure pas parmi ceux des associés; la seconde, si celui qui, sans être associé, a laissé mettre son nom dans une raison sociale, est obligé comme un associé véritable.

Sur le premier point, il faut distinguer : si la raison sociale dans laquelle figure un individu étranger à la société, a été déterminée par l'acte même de société, les associés qui ont consenti à contracter sous une raison sociale irrégulière, ne peuvent se prévaloir de cette irrégularité, pour prétendre qu'ils ne sont pas obligés envers les tiers par les engagements souscrits de cette raison sociale; et s'ils sont obligés, ils sont obligés solidairement, cela est sans difficulté. Si, au contraire, le nom d'une personne étrangère à la société se glisse dans la raison sociale postérieurement à l'acte qui la détermine, alors les associés qui n'ont pas pris part à cette

(¹) C. com., 20, 24.
(²) C. com., art. 21.

introduction, ne sont pas obligés par une signature qui n'est pas celle de la société. Ceux qui sont les auteurs de cette introduction en sont seuls responsables, sans préjudice des dommages-intérêts dont ils seraient passibles à raison de la fraude ou du dol dont ce fait pourrait présenter les caractères.

47. Sur le second point, il me paraît hors de doute que celui qui a consenti à ce que son nom figurât dans la raison d'une société dont il ne fait pas partie, a par cela même consenti à passer pour associé aux yeux des tiers, et qu'il doit être solidairement tenu des engagements sociaux, tout comme s'il était associé. Je ne saurais donc admettre le système d'un arrêt de la Cour royale d'Aix du 16 janvier 1840 (1), qui juge que si dans les sociétés en nom collectif, les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale, il ne s'ensuit pas que l'on doive nécessairement réputer associé, et comme tel tenu des obligations contractées par la société, celui qui, après s'être retiré de la société, a souffert que son nom continuât de figurer dans la raison sociale, et qu'à cet égard les tribunaux doivent apprécier l'influence que la simulation de la raison sociale a pu exercer sur les tiers. C'est là un moyen terme aussi contraire à la loi qu'à l'équité, puisque l'introduction ou le maintien dans la raison sociale du nom d'un individu qui n'est pas ou qui n'est plus associé, ne peut avoir d'autre objet que d'augmenter le crédit de la société, en présentant aux tiers, comme associé, et conséquemment comme obligé, celui qui n'est pas associé. En résultat, introduire un nom étranger dans la raison sociale n'est qu'une manière de cautionner l'engagement social; le non-associé qui laisse introduire son nom dans une

(1) Dev., 1840, 2, 465.

raison sociale répond donc, comme caution, des engagements sociaux. Inutile d'ajouter que ces engagements étant contractés par un corps moral indivisiblement obligé, la caution est nécessairement obligée solidairement et pour le tout.

J'inclinerais même à penser avec M. Horson [1] et avec M. Troplong [2] que le non-associé qui laisse mettre son nom dans une raison sociale, s'expose à l'action solidaire des tiers, alors même qu'il n'aurait consenti à ce que son nom y figurât que sous la condition, expressément stipulée dans l'acte social, qu'il ne pourrait être obligé pour la société. Cette stipulation, qui n'est pas sans exemple, me semble complètement inefficace. Les affaires commerciales se traitent de bonne foi et avec une rapidité qui ne permet pas aux tiers de recourir à l'acte de société pour vérifier la qualité des individus qui figurent dans la raison sociale, et les conditions sous lesquelles ils ont consenti à y figurer. Admettre la validité d'une pareille stipulation serait faciliter les fraudes qui se cachent le plus ordinairement sous l'introduction dans la raison sociale du nom d'individus étrangers à la société, et leur permettre de les exercer en toute sûreté.

48. Le associés ne sont solidairement responsables des engagements souscrits de la signature sociale, que lorsque celui qui a signé avait qualité pour le faire, et par suite pour obliger la société. Si donc, par l'acte de société, la signature sociale avait été réservée à un ou plusieurs associés gérants, à l'exclusion des autres, les engagements souscrits de la raison sociale par des associés exclus ne pourraient être opposés à la société, pourvu toutefois que la publication ré-

(1) *Quest. sur le code de com.*, t. I, p. 22.
(2) *Des sociétés*, n. 373.



gulière de l'acte de société eût porté à la connaissance des tiers les modifications conventionnelles qu'auraient reçues les pouvoirs ordinaires des associés (¹). Il ne peut y avoir aucune difficulté en présence de l'article 43 du Code de commerce, aux termes duquel l'extrait publié des actes de société doit contenir la désignation de ceux des associés autorisés à administrer, à gérer et à signer pour la société.

49. Mais on a élevé quelques doutes sur le point de savoir si l'on peut valablement stipuler dans un acte de société, que les engagements sociaux ne seront obligatoires pour la société qu'autant qu'ils auront été signés conjointement par plusieurs des associés gérants. Ces doutes proviennent de ce que l'art. 22 du code de commerce, en disant que tous les associés sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, semble exclure toute restriction à la faculté personnelle qu'il reconnaît aux associés, notamment toute restriction qui aurait pour objet de n'obliger solidairement les associés qu'autant que l'engagement social serait signé conjointement par deux ou plusieurs associés gérants. Mais en y regardant de plus près, il devient manifeste que si la loi permet de limiter les droits généraux des associés, en attribuant la signature sociale à quelques-uns d'entre eux, au préjudice des autres, rien ne s'oppose à ce qu'on puisse limiter de même les pouvoirs des associés gérants auxquels est réservée la signature. Les associés gérants sont des mandataires; et il n'est pas douteux qu'en toute matière on puisse donner mandat à plusieurs avec la condition qu'aucun des mandataires ne pourra agir séparément. C'est ce que l'article 1857 du Code civil permet expressément en matière de société civile; et cette règle est

(¹) M. Troplong, *Des sociétés*, n. 812 ; M. Horson, t. I, p. 25.

également applicable aux sociétés de commerce qui sont régies par le droit civil, dans tous les cas où le Code de commerce ne contient pas une disposition contraire ou dérogatoire ([1]). Or, cette disposition contraire ne se trouve pas dans l'article 22; car si cet article veut que les associés soient solidairement tenus des engagements sociaux souscrits par un seul d'entre eux, sous la raison sociale, c'est là un principe général qui prévaut en l'absence de conventions contraires, mais qui n'a pas le caractère d'une disposition d'ordre public à laquelle il serait interdit de déroger ([2]).

50. Concluons de là que si un associé auquel l'acte social refuse d'une manière plus ou moins absolue le pouvoir d'obliger la société, signe de la signature sociale des engagements pris dans l'intérêt de la société, il répond seul, pour le tout et solidairement, envers les tiers, de l'engagement qu'il a contracté, tandis que les autres associés ne sont obligés que jusqu'à concurrence de ce qui serait prouvé avoir tourné au profit de la société, et seulement pour leur part et portion, parce que, relativement à eux, il n'y a pas eu engagement social proprement dit, mais seulement engagement relatif à une chose commune ([3]).

51. Mais si plusieurs associés, sans qualité pour engager la société, s'engageaient conjointement dans l'intérêt de la société, je pense qu'il y aurait solidarité entre eux, non pas précisément, comme semble le croire M. Duranton, parce que leur propre obligation doit avoir autant d'effet que celle qu'ils auraient contractée par le ministère des gérants ([4]); car les

---

([1]) C. com., art. 18.

([2]) M. Horson, t. I, p. 28.

([3]) Cass., 18 mars 1824; Dev. et Carr., 7, 1, 417; M. Troplong, n. 820.

([4]) T. XI, n. 198.

gérants représentent le corps social, tandis que les associés sans qualité ne représentent qu'eux-mêmes; mais parce qu'en s'engageant conjointement comme associés et dans l'intérêt de la société, ils sont présumés s'être soumis à une solidarité conventionnelle, dont la stipulation résulte, d'une manière suffisante, de la qualité prise par les obligés et de l'objet de l'engagement.

52. Observons que rien ne s'oppose à ce que les gérants soient pris en dehors de la société, et que, dans ce cas, les associés sont solidairement tenus des engagements souscrits de la raison sociale par un gérant non associé, aussi bien que si un associé les eût signés : la société, personne morale, peut comme une personne naturelle transmettre à un mandataire de son choix le pouvoir de l'obliger.

53. Mais le mandataire que se serait substitué l'un des gérants, associé ou non, ne pourrait engager la société, ni conséquemment les associés solidairement. C'est la signature sociale qui oblige la société, et cette signature n'appartient qu'aux gérants, quand tous les associés ne se la sont pas réservée. L'associé ou le gérant qui a la signature sociale ne peut ni la transmettre, ni la céder. L'engagement pris par le mandataire qu'il se serait substitué, serait dès-lors réputé pris par celui-ci en son privé nom, ou au nom de son mandant, qui seul en serait tenu pour le tout, tandis que les autres associés ne pourraient être tenus que pour leur part et portion dans le bénéfice que la société aurait retiré de l'opération.

54. De tout ce qui précède, il suit qu'en principe tout engagement contracté sous la raison sociale par une personne ayant qualité, oblige la société, parce que c'est la société elle-même qui est réputée s'engager par l'organe de son représentant. Les tiers, envers lesquels l'engagement a été

pris, peuvent dès-lors agir contre les associés par voie d'action solidaire, sans avoir à s'enquérir si, en réalité, l'engagement a été pris dans l'intérêt de la société, et si elle en a profité (1).

Résulte-t-il de là que la société soit obligée, si la nature même de l'engagement souscrit de la raison sociale indique qu'il est contracté dans l'intérêt exclusif du gérant ou de l'associé signataire? Le tiers, qui en contractant a su ou dû savoir que la société ne devait pas profiter de l'obligation abusivement prise en son nom, aura-t-il une action solidaire contre les associés? Je ne saurais le penser. J'ai pour moi tous les auteurs anciens et modernes, Casaregis (2), Pothier (3), M. Merlin (4); et la question ne m'aurait paru susceptible d'aucun doute, si la cour de cassation n'avait pas jugé que, sauf les cas de dol et de fraude, tout associé, investi du droit d'obliger la société, est légalement présumé avoir fait, en donnant la signature sociale, une affaire qui intéresse la société, et que la société ne peut, pour se soustraire aux effets de l'obligation, prétendre que la nature même de l'affaire indiquait aux tiers qu'elle n'intéressait que l'associé signataire (5). La cour crée ici une sorte de présomption ***juris et de jure***, dont le prétexte ne se trouve même pas dans l'article 22 du Code de commerce, le seul dont son système puisse s'autoriser. D'après cet article, les associés sont solidaires pour ***tous les engagements de la société***, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison

(1) Pothier, ***Du contrat de société***, n. 101; Savary, parère 15.
(2) Disc. 59, n. 12.
(3) ***Ubi sup.***
(4) ***Répert.*** v° ***Faux***, sect. 1, § 5.
(5) Cass. 11 mai 1836, et 22 avril 1845 (Dev., 1836, 1, 711; et 1845, 1, 341.)

sociale, ce qui ne veut pas dire assurément que tous les engagements souscrits par un associé sous la raison sociale soient présumés *juris et de jure*, légalement, des *engagements de la société*. Je comprends que lorsque rien n'indique aux tiers qui contractent avec un associé sous la raison sociale, que le contrat a pour objet l'intérêt exclusif de cet associé, les autres associés ne soient pas recevables à contester le droit des tiers qui les actionnent solidairement. S'il en était autrement, personne ne voudrait contracter avec un associé agissant au nom de sa société, et rien ne serait plus facile aux associés que de tromper les tiers, à l'aide de collusions habilement ménagées. Ce n'est pas l'article 22 qui dit cela : c'est la raison, le bon sens et l'intérêt du commerce. Lorsque au contraire l'acte lui-même, signé de la raison sociale, porte la preuve qu'il n'intéresse pas la société, mais uniquement l'associé signataire, aucune présomption ne peut militer en faveur des tiers qui ont su ou dû savoir ce qu'ils faisaient, et il n'y a plus lieu de craindre ni fraude, ni collusion de la part des associés qui, dès le principe, étaient en dehors de l'affaire ([1]). La jurisprudence de la cour de cassation ne peut donc être approuvée.

55. Tels sont les effets attachés à l'emploi de la raison sociale. C'est ici le lieu de faire observer qu'il n'y a aucune formule sacramentelle pour exprimer une raison sociale ([2]). Il arrive qu'elle se compose des noms de tous les associés quand ils sont peu nombreux ; le plus ordinairement on emploie la formule N. *et compagnie* ; quelquefois elle consiste

---

([1]) Voy. M. Troplong, *Des sociétés*, n. 341 ; M. Delangle, *Des soc. comm.*, t. I, n. 247 et suiv.; M. Pardessus, n. 1025; MM. Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés de Commerce*, p. 95; M. Duranton, t. XI, n. 293.

([2]) M. Troplong, n. 370.

dans l'énonciation du lien de parenté qui unit les associés : comme N... *frères*, ou N... *et fils*. Toutes ces formules sont également valables, et obligent solidairement tous les associés. Il y a plus, la simple signature d'un associé peut équivaloir à la raison sociale, lorsque cet associé a signé comme chef de la société ([1]), ou lorsqu'il résulte des circonstances qu'il a signé pour la société, *nomine sociali* ([2]). Il n'est pas absolument nécessaire que l'associé qui signe pour la société, fasse suivre son nom de ces mots *et compagnie* ([3]) : *Socii nunquam tenentur ex contractû alterius socii*, dit Casaregis ([4]), *nisi in contrahendo expressum fuerit nomen sociale vel saltem ex facti circumstantiis aut subjectâ materiâ illud argui potuerit.*

56. C'est une question plus délicate que celle de savoir si les engagements souscrits par l'un des associés en son nom personnel, sans addition de la raison sociale, et sans aucune mention propre à faire supposer que l'engagement ait été contracté dans l'intérêt de la société, peuvent obliger solidairement les autres associés.

D'abord il n'est pas douteux que si la société n'a pas profité du contrat fait par un associé en son nom personnel, par exemple, si les deniers empruntés par l'associé n'ont été ni versés dans la caisse sociale, ni employés dans l'intérêt de la société, aucune action, solidaire ou non solidaire, ne peut être dirigée contre les associés ([5]).

([1]) Cass., 25 avril 1816, Dev. et Car., 5, 1, 180; Dall., 7, 759.

([2]) Cass., 25 frim. an XIII, Dev. et Car., 2, 1, 59; Dall., 5, 1, 186.

([3]) Malepeyre et Jourdain, p. 29; Favard, *Répert.*, v° *société*, ch. 3, sect. 1, § 1, n. 5; *Contrà*, cass., 13 fruct. an IX, Dev. et Car., 1, 1, 517; Dall., 12, 118.

([4]) Disc. 59, n. 13.

([5]) Cass., 17 mars et 14 mai 1834 (Dev., 34, 1, 237 et 858; Dall.,

Si, au contraire, les deniers empruntés par un associé en son nom personnel ont été versés dans la caisse sociale, ou ont profité à la société, les autres associés sont-ils obligés, et comment sont-ils obligés ?

Pour résoudre la question, il ne faut pas perdre de vue que la société est une personne morale totalement distincte de la personne des associés. Donc, lorsqu'un associé contracte en son privé nom, la société ne contracte pas, et puisqu'elle ne contracte pas, elle n'est pas obligée. Sans doute, si la société profite de l'opération faite par l'associé, il s'opère entre elle et l'associé, un contrat ou un quasi contrat qui l'oblige. Mais envers qui ? Envers celui avec qui elle contracte, c'est-à-dire envers l'associé, et nullement envers les tiers qui, en contractant avec l'associé en son privé nom, ne pouvaient prétendre à aucune action contre la société restée étrangère au contrat. Les tiers n'ont donc aucune action directe ou de leur chef contre la société à raison du profit qu'elle aurait tiré du contrat fait par un associé en son nom personnel, pas plus qu'un prêteur n'a une action de cette nature contre toute personne dans la main de laquelle seraient passés les deniers reçus par l'emprunteur. ***Socius socium non obligat***; telle est la règle [1], et elle ne fléchit pas devant la circonstance, complètement étrangère aux tiers, des accords qui seraient postérieurement intervenus entre l'associé et la société: ***Mutuans socio alicujus rationis aliquam pecuniæ quantitatem non habet actionem contrà societatem quamvis eamdem pecuniam dederit societati.*** Telles sont les propres paroles de Casaregis [2].

34, 1, 131 et 213); 13 mai 1833 (Dev., 33, 1, 834 ; Dall., 33, 1, 297).

[1] Rote de Gênes, decis. 14, n. 129.

[2] Disc. 147, n, 13; Pothier, *Du contrat de société*, n. 101 et 103 ;

Mais comme les tiers peuvent exercer les actions de leurs débiteurs ([1]), si les deniers versés ont tourné au profit de la société, les prêteurs pourront agir contre la société du chef de l'associé emprunteur. Cette action indirecte ne peut leur être refusée. Seulement, dans ce cas, comme ils n'exercent que l'action d'un associé contre ses coassociés, et que cette action n'est pas solidaire, parce que la solidarité n'est établie contre la société qu'en faveur des tiers, et non en faveur des associés ([2]), ils ne pourront répéter contre chaque associé que sa part virile dans le profit que la société a retiré de l'opération.

Il y a donc, comme on le voit, une certaine différence, quand à la nature de l'action qui appartient aux tiers contre les associés, entre le cas où il s'agit d'un engagement contracté au nom de la société, *nomine sociali*, par un associé sans qualité, et celui où un associé a contracté avec les tiers, non comme associé, mais en son nom personnel. Dans le premier cas, l'action est directe; dans le second cas, elle est indirecte. Du reste, ces deux actions se ressemblent, puisqu'elles sont subordonnées l'une et l'autre au profit que la société a tiré de l'engagement, et en ce qu'au lieu d'être solidaires, elles se divisent contre les associés qui ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur part dans le bénéfice commun.

57. Telles sont les principales règles relatives à la solidarité des associés relativement aux tiers. Pour compléter les explications que j'avais à donner sur cette matière, il me

M. Troplong, *Des sociétés*, n. 775 et suiv.; M. Delangle, n. 255. — Voy. cependant M. Duranton, t. XVII, n. 449; M. Duvergier, *Des sociétés*, n. 404.

([1]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 299.

([2]) Voy. le n. suivant.

reste à examiner plusieurs questions qui se rattachent à celles qui précèdent : l'une est de savoir si les associés peuvent prétendre dans leurs relations réciproques à la solidarité établie en faveur des tiers ; la seconde si après la dissolution de la société, les associés sont solidairement tenus envers les tiers des engagements contractés depuis cette dissolution par les liquidateurs. Enfin je terminerai par l'examen d'une troisième question fort importante et qui domine toute la matière, à savoir si on peut valablement stipuler que les associés ne seront pas solidaires envers les tiers pour les engagements de la société.

La première question se résout à l'aide d'une distinction. Si l'associé a traité comme un tiers envers la société, soit en lui prêtant des capitaux, soit en lui vendant des marchandises, il peut agir comme un tiers ordinaire pourrait agir, et par conséquent se prévaloir de la même solidarité que les tiers. La qualité d'associé n'est pas un titre universel ; et de même qu'un associé peu dépouiller la qualité d'associé et contracter en son privé nom avec les tiers, de même aussi il peut contracter en son privé nom avec la société : pas de difficulté possible à cet égard.

Si au contraire un associé ne se trouve créancier de la société qu'en sa qualité d'associé ; par exemple, s'il paye les dettes communes, s'il verse dans la caisse sociale des sommes qu'il a empruntées en son nom personnel ([1]), s'il fait entrer dans les magasins de la société des marchandises qu'il a achetées de son argent, alors, n'étant pas un tiers, il ne peut se prévaloir des droits des tiers, mais de ceux des associés. Or, comme aucune loi n'établit quant aux associés entr'eux la solidarité qui les lie envers les tiers, il faut en conclure que, dans cette

([1]) Voy. *sup.*, n. 56.

hypothèse, l'action de l'associé se divise contre les coassociés, à moins qu'il n'y ait entre eux une stipulation de solidarité pour l'exécution de leurs engagements respectifs ([1]).

58. La seconde question, qui consiste à savoir si les associés sont solidairement tenus envers les tiers des engagements pris par le liquidateur après la dissolution de la société, présente plus de difficulté.

Elle se complique de celle de savoir si le liquidateur, qui n'est qu'un mandataire appelé à liquider la société dissoute, c'est-à-dire à dégager l'actif brut des dettes qui le grèvent pour arriver à l'actif net ([2]), peut d'une façon quelconque obliger les associés, en vertu de ses pouvoirs généraux de liquidateur, et sans un mandat spécial qui lui donnerait le pouvoir de contracter tels ou tels engagements.

Si ses pouvoirs généraux de liquidateur, en vertu desquels il représente la société, quoique dissoute, lui donnent le droit d'obliger la société qu'il représente, les associés obligés en cette qualité sont solidairement tenus envers les tiers. C'est en effet un principe généralement reconnu qu'une société dissoute continue de subsister pour sa liquidation ([3]) : *Effectus societatis durat etiam extinctâ societate, donec pertinentia ad eam sint exacta,* disait très bien la Rote de Gênes ([4]). La société se survit en quelque sorte à elle-même, et peut être obligée de la même manière pour sa liquidation que pour les opérations qui signalaient son existence. Ici peuvent s'appliquer ces paroles du président Favre : *Finitur quidem societas, sed non obligatio societatis* ([5]).

([1]) Cass., 15 nov. 1831 (Dall., 31, 1, 352); M. Delangle, *Des sociét.*, t. I, n. 364 et 365.

([2]) M. Frémery, p. 70.

([3]) Voy. *sup.*, t. 3, n. 56.

([4]) Décis. 71, n. 7.

([5]) *Ration.* sur la loi 65, § 9, *ff. Pro socio.*

Si au contraire le liquidateur a eu besoin d'un mandat spécial des anciens associés pour les obliger à l'égard des tiers, alors il devient un mandataire ordinaire qui ne peut obliger ses mandants que suivant les règles du droit commun, c'est-à-dire pour leur part et portion. Dans ce cas, l'obligation des associés n'est pas une suite nécessaire des affaires sociales, c'est en quelque sorte une nouvelle affaire, relativement à laquelle la dissolution de la société empêche qu'ils ne puissent être considérés comme associés. Ils ne sont plus que des individus ayant agi dans leur nom personnel, et contre lesquels on ne peut dès-lors se prévaloir de la solidarité légale qui pèse sur les associés.

Enfin, si le liquidateur a contracté au nom de la société dissoute, sans avoir pour cela aucun mandat général ou particulier, les associés ne sont obligés que jusqu'à concurrence du profit que la liquidation a retiré du contrat, et conséquemment pour leur part et portion dans ce profit ([1]).

C'est donc une proposition beaucoup trop générale que celle qui semble résulter d'un arrêt de la cour de cassation du 19 novembre 1835 ([2]), suivant lequel les engagements souscrits par l'associé liquidateur d'une société en nom collectif, obligeraient solidairement la société, bien qu'ils ne fussent pas signés de la raison sociale, si d'ailleurs il était établi que ces engagements ont été contractés pour le compte et dans l'intérêt de la société. Je ne puis à cet égard partager le sentiment du savant arrêtiste, avec lequel, dans nos travaux communs, j'ai été si heureux de me trouver presque toujours en communauté d'opinion ([3]). Suivant M. Deville-

([1]) M. Troplong, *Des sociétés*, n. 1034.
([2]) Dev., 36, 1, 132.
([3]) Voy. les observations de M. Devilleneuve sur l'arrêt précité.

neuve, la raison sociale serait, même après la dissolution de la société, l'expression des pouvoirs généraux du liquidateur qui en ferait usage, de telle sorte qu'il obligerait solidairement les associés, soit en contractant sous la raison sociale, soit en contractant sous sa signature personnelle, s'il avait reçu le mandat de contracter au nom de la société. Mais en supposant qu'après la dissolution de la société il puisse encore y avoir une raison ou une signature sociale, l'emploi de cette signature ne pourrait avoir la même signification que durant la société. La société dissoute ne subsistant plus que pour se liquider, on ne peut voir dans la signature sociale le mandat de contracter et d'agir, mais seulement le mandat de liquider. Après la dissolution, la signature sociale ne produit donc pas nécessairement l'obligation solidaire qui était auparavant sa conséquence naturelle et immédiate. Quant au pouvoir de contracter et d'engager les associés, qui aurait été donné au liquidateur agissant sous sa signature personnelle, il ne peut être un pouvoir d'obliger la société qui n'existe plus, mais seulement d'obliger les associés qui le lui ont conféré; d'où il suit qu'il ne peut y avoir, en vertu de ce mandat, une obligation sociale solidaire, mais seulement des obligations personnelles aux anciens associés entre lesquels elles doivent se diviser.

En résumé, dans tous les cas où l'obligation contractée par le liquidateur est la conséquence naturelle et immédiate de la liquidation, c'est-à-dire d'une opération qui consiste à dégager l'actif du passif et à le réaliser, les anciens associés sont liés solidairement. Quand au contraire le liquidateur a besoin d'un pouvoir spécial pour contracter, chaque associé n'est tenu que pour sa part, encore bien que le liquidateur, en agissant en vertu de ce pouvoir, ait contracté sous la raison sociale; et s'il a agi sans pouvoirs, chacun d'eux n'est

tenu que proportionnellement au profit que la société dissoute a retiré de l'opération.

59. La difficulté consiste donc en définitive à savoir quelles sont les opérations qui, rentrant dans la liquidation proprement dite, sont permises au liquidateur, et quelles sont celles pour lesquelles il a besoin de pouvoirs particuliers qui reculent les bornes de ses pouvoirs généraux. Là-dessus, sans entrer dans l'examen des questions spéciales qui peuvent se présenter dans le courant des affaires et de la pratique, il suffira de poser comme règle générale que les pouvoirs du liquidateur ayant pour but, non d'entreprendre de nouvelles opérations, mais de finir celles qui sont commencées, de solder les dettes passives et de faire rentrer les dettes actives, liquidateur ne peut obliger la société, soit par des achats, soit par des emprunts, et que son mandat étant général pour une sorte d'affaires, il ne peut ni transiger ni compromettre, à moins qu'il n'ait reçu des associés des pouvoirs plus étendus que ceux qui résultent de ses fonctions (¹).

De ce que le liquidateur ne peut entreprendre de nouvelles opérations, ni contracter des emprunts, il résulte qu'il ne peut, sans mandat spécial, engager les associés en souscrivant des effets de commerce : il n'y a pas de doute à cet égard. Il en résulte aussi qu'il ne peut endosser les effets de commerce de la société, puisque c'est là une manière d'emprunter. C'est là aussi quelquefois, il est vrai, une manière de payer et de libérer la société; mais c'est une manière de payer qui n'est pas définitive, puisqu'elle ne fait que déplacer l'actif en substituant une obligation à une autre, et le plus

(¹) M. Frémery, p. 70; M. Horson, t. I, p. 41; cass., 15 janv. 1812 (Dev. et Car., 4, 1, 7).

ordinairement en aggravant l'obligation première. C'est donc, en réalité, faire une nouvelle opération ([1]).

Il suit de là que si le liquidateur souscrit ou endosse des effets de commerce sans y être autorisé, les associés ne sont obligés que dans le cas où ils ont profité de l'opération, et pour leur part dans la société ([2]). Si, au contraire, le liquidateur y a été autorisé, les associés sont solidairement tenus, non comme associés, parce qu'ils n'ont pu donner de pouvoirs qu'en leurs noms personnels ([3]), mais à raison de la nature de l'obligation, et par application de la règle qui impose la solidarité à tous ceux qui ont signé ou endossé des lettres de change ou des billets à ordre ([4]).

60. Observons au surplus que toutes les règles qui précèdent sur les obligations de la société en liquidation, ne sont applicables qu'autant que les tiers qui contractent avec la société ou ses représentants, savent qu'elle est dissoute. Si des associés ou des liquidateurs, dissimulant ou cachant la dissolution, traitaient avec les tiers au nom de la société, comme si la société subsistait encore, alors tous ceux qui auraient pris part à cette fraude seraient solidairement tenus envers les tiers dont la bonne foi aurait été trompée. *Si inter ipsos socios societas dissoluta esset, adhuc tamen nisi hujus modi dissolutio publicata esset per solitas litteras circulares, vel publica edicta in locis in quibus habebantur corresponsales, alii socii manerent obligati.* Telle est l'opinion exprimée par le

---

([1]) M. Horson, p. 41; M. Frémery, p. 70; M. Troplong, n. 1012.— *Contrà*, MM. Malepeyre et Jourdain, n. 256; M. Delangle, t. II, n. 690. — Voy. aussi cass., 19 nov. 1833 (Dev., 36, 1, 152).

([2]) Voy. *sup.*, n. 56.

([3]) Voy. *sup.*, n. 58.

([4]) Voy. *inf.*, n. 81 et suiv.

cardinal de Luca ([1]), qui cite sur ce point de nombreuses décisions de la Rote romaine.

61. Il nous reste maintenant à examiner la question de savoir si les associés en nom collectif peuvent stipuler qu'ils ne seront pas solidairement tenus des engagements de la société envers les tiers.

Cette question se résout à l'aide d'une distinction.

Si, dans une convention faite avec un tiers, il a été stipulé que les associés ou quelques-uns d'entre eux ne seront pas soumis à l'action solidaire, cette stipulation est assurément valable, parce que le tiers avec lequel contractent les associés ou la société, peut renoncer au droit qui est établi en sa faveur, et se contenter d'une action individuelle au lieu de l'action solidaire que la loi lui donnait.

Si, au contraire, les associés introduisaient dans l'acte de société une clause générale dérogeant à l'article 22 du code de commerce, et ayant pour objet de les soustraire à la solidarité sous le joug de laquelle les place la sagesse de la loi, cette clause serait nulle et devrait être réputée non écrite. Les tiers peuvent sans doute renoncer à la solidarité; mais les associés ne peuvent leur imposer la renonciation à un bénéfice sur lequel ils doivent compter. On opposerait vainement que la publication de l'acte de société fait connaître aux tiers la condition exceptionnelle sous l'empire de laquelle les associés ont entendu se placer, et qu'il y a lieu de présumer, dès lors, qu'en consentant ensuite a contracter avec la société, les tiers sont censés accepter et approuver cette condition. La clause de l'acte social, par laquelle les associés s'affranchiraient de la solidarité, est nulle dès le principe, parce qu'elle n'a pas le caractère d'une convention : elle ne

([1]) *De cambiis*, disc. 29, n. 5.

peut donc être opposée aux tiers qui n'y ont pas été parties, et qui ne sauraient être présumés la ratifier plus tard en contractant avec la société, parce que cette clause étant à leur égard comme si elle n'existait pas, est censée n'avoir été d'aucune considération dans les actes qu'ils ont faits avec la société ([1]).

62. Les règles qui précèdent, sur la solidarité des associés, sont particulières à la société en nom collectif : il nous reste à voir comment ces règles se modifient, ou comment elles disparaissent même complètement dans les autres espèces de sociétés. Occupons-nous d'abord de la société en commandite.

Nous l'avons déjà vu : la société en commandite est celle qui se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, qui reçoivent le nom de commandités, et un ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires, ou associés en commandite ([2]), et qui ne sont passibles des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société ([3]). *Accomandita*, dit à ce sujet Casaregis, *sive societas inita per viam accomanditæ, nihil propriè aliud est quàm communis negociatio inter accomandantes et accomaudatarium pro capitalibus respectivè ab eis in negotio, expositis, in quo non expenditur nomen accomandantium, sed accomandatarii duntaxat, et sic jus formale ipsius negotii residet penes accomandatarium qui habet totale exercitium et administrationem, et proprio nomine contrahit et distrahit, et accomandans habet tantum interesse per participationem pro rata capitalis immissi, non verò per pro-*

(1) M. Delangle, *Des sociétés*, t. I, n. 229 et suiv.; Bordeaux, 31 août 1831 (Dev. et Car., 32, 2, 19).
(2) C. com., 23.
(3) C. com., 26.

prietatem in jure formali ipsius negotii, ita ut dici nequeat quod vel ex mandato expresso, vel tacito accomandantium contrahentes cum negotio sequantur fidem et personam dictorum accomandantium... Hujus modi enim accomandantes seu participes in accomandita non obligantur ergà creditores accomanditæ ultra capitalia per eos respectivè in negotio exposita ; accomandatarius verò in solidum obligatur ergà omnes secum contrahentes (¹).

Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent pour tous, la société est à la fois société en nom collectif à leur égard, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds (²). Les associés solidaires se trouvent donc entr'eux absolument dans la même position que les associés en nom collectif dans une société ordinaire; et toutes les règles que nous avons développées sur la solidarité sociale, sur les cas dans lesquels elle a lieu et sur ses effets, reçoivent ici une application directe et sans réserve. Il n'y a donc d'explications nouvelles à donner qu'en ce qui touche la position particulière des associés en commandite.

Le caractère distinctif de la commandite, est l'affranchissement de toute solidarité, relativement à une certaine classe d'associés qui ne sont responsables que jusqu'à concurrence de leur mise. Les commanditaires se trouvent donc, à l'égard de leurs associés solidaires, dans une position exceptionnelle; d'où il suit que la qualité de commanditaire ne se présume pas, et qu'elle doit être expressément stipulée. Casaregis dit, il est vrai, que dans le doute, on doit présumer plutôt l'existence d'une commandite que d'une société ordi-

(¹) Discurs. 29, n. 24 et suiv.; Ansaldus, disc. 98, n. 58 et suiv.
(²) C. com., 24.

naire ([1]). Mais cette opinion se rapporte à un ordre d'idées qui n'a plus cours aujourd'hui. De son temps, on considérait la commandite moins comme une société proprement dite, que comme un moyen pour les commanditaires (*accomandantes*) de faire le commerce sous le nom d'un mandataire responsable ou commandité (*accomandatarius*), d'où l'on pouvait conclure que dans le doute on devait présumer que les associés non dénommés, n'avaient pas entendu s'associer et courir les chances de la solidarité. Aujourd'hui, au contraire, la commandite, étant une véritable société à l'égard de tous ceux qui la composent, on ne doit pas présumer que les uns ont entendu se placer dans une position plus favorable que les autres. Il faut donc sur ce point une convention expresse. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'employer les mots sacramentels de *commandite* ou de *commanditaire*.

Réciproquement, quoique la qualité de commanditaire eût été attribuée à un associé, il pourrait néanmoins être considéré comme associé collectif, si les autres énonciations de l'acte de société lui supposaient cette qualité ([2]).

63. Il y a d'ailleurs certaines sociétés qui sont de plein droit réputées en commandite, s'il n'y a pas de convention contraire : ce sont les sociétés pour la course maritime ([3]). Dans ces sociétés, les actionnaires sont réputés commanditaires ; et les armateurs, associés en nom collectif, sont seuls responsables vis-à-vis les tiers, sauf à eux à se faire rem-

([1]) *Si in aliquâ casûs contingentiâ dubium oriretur, an per contrahentes inita fuerit propria accomandita aut societas, in dubio semper pro accomandita judicandum esse firmat rota*, décis. 125, n. 12 et 13. (*Discurs.* 39, n. 29).

([2]) Casaregis, Disc. 39, n. 28.

([3]) Arrêté du 2 prairial an XI, art. 1.

bourser de leurs avances par les commanditaires proportionnellement à la mise de ces derniers ([1]).

64. La qualité de commanditaire, acquise par une stipulation précise de l'acte social, et le bénéfice qui en résulte, se perd quand l'associé agit comme s'il était associé en nom collectif, et sort de la position particulière dans laquelle la loi l'a renfermé, pour entrer sur le terrain de l'association simple. C'est ce qui a lieu de plusieurs manières.

65. Ainsi, aux termes de l'art. 25 du code de commerce, le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale. Si donc un associé commanditaire laissait mettre son nom dans la raison sociale, il se présenterait aux tiers comme associé en nom collectif, et ne pourrait dès-lors échapper à l'action solidaire qu'ils seraient en droit de former contre lui. Nous avons vu qu'un individu étranger à la société, dont le nom figure dans une raison sociale, est solidairement lié vis-à-vis les tiers ([2]), à plus forte raison doit-il en être de même quand il s'agit d'un associé commanditaire. Telle est l'opinion de Casaregis, qui, après avoir posé en principe que le commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence de sa mise, fait exception à ce principe pour le cas où le mandataire a voulu, permis ou souffert que son nom figurât dans la raison sociale: *Limita tamen si aliquis ex accomandantibus passus fuerit, vel permiserit, aut expressè voluerit nomen suum ab accomandatario etiam expendi, quia tunc sine du bio in solidum ultrà capitalia cum eodem accomandatario teneretur* ([3]).

66. Mais si la société en commandite se composait d'un

([1]) *Ibid.*, art. 2.

([2]) Voy. *sup.*, n. 47.

([3]) Disc. 59, n. 39, n. 27 ; M. Troplong, n. 419; M. Delangle, n. 335 et suiv.

seul commandité et d'un seul commanditaire, la signature donnée par le commandité, avec addition de ces mots : *et compagnie*, rendrait-elle le commanditaire solidairement et infiniment responsable, comme si son nom avait réellement figuré dans la raison sociale ? Je ne pense pas. La raison sociale N. *et compagnie* quand il n'y a qu'un commanditaire et un commandité, ne fait que révéler l'existence d'une société; sans exclure la possibilité d'une commandite dont le contrat affiché annonce à la fois l'existence et la raison sociale (1). Le commanditaire n'est pas nommé dans la raison sociale N. *et compagnie : non expendit nomen.* Il ne s'expose donc pas à l'action solidaire des tiers, dont il ne trompe pas la bonne foi, pas plus qu'il ne surprend leur confiance.

67. Le commanditaire perd encore tous les avantages de sa position particulière, quand il fait des actes de gestion, ou qu'il est employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration (2). Dans ce cas, il est obligé solidairement avec les associés en nom collectif pour toutes les dettes et tous les engagements de la société (3).

Deux choses sont donc interdites à l'associé commanditaire : la première de faire spontanément des actes de gestion ou d'administration ; la seconde d'être employé aux affaires de la société en vertu d'une procuration, soit de la société, soit des gérants. Quelques mots d'explication sur ces prohibitions.

68. En défendant au commanditaire de s'immiscer dans la gestion de la société, la loi a voulu laisser l'action à ceux qui ont la responsabilité. Si donc le commanditaire agit, il

(1) M. Pardessus, n. 1032.
(2) C. com., 27.
(3) *Ibid.*, art. 28.

devient responsable. Il agit quand il fait des actes de gestion et d'administration proprement dite ; il agit quand il est employé pour la société en vertu d'un mandat particulier qui lui donne le droit soit de la représenter, soit de contracter pour elle d'une manière permanente ou même dans un cas particulier ; en un mot, quand il abandonne le poste d'observation que la loi lui assigne pour venir mêler son nom ou sa personne aux opérations actives qui signalent l'existence de la société. Mais il n'agit pas quand, intéressé au succès des entreprises sociales, à la bonne gestion de ses intérêts qui sont en définitive les mêmes que ceux des associés solidaires, il se borne à surveiller, pour pouvoir soutenir les gérants de son autorité et de ses conseils dans les entreprises avantageuses, ou les avertir en temps utile s'ils étaient tentés de se laisser aller à des spéculations qui dépasseraient le but de la société ou qui présenteraient plus de mauvaises chances qu'il n'est raisonnable d'en affronter,

Il y a donc une distinction capitale entre les actes d'administration ou de gestion, et les actes de surveillance ou d'habilitation ; distinction résultant non-seulement du texte de l'article 27 qui n'interdit au commanditaire que le concours actif, mais encore de ce qui s'est passé lors de la discussion de cet article 27 au conseil d'État.

En effet, dit M. Locré [1], la rédaction arrêtée d'abord au conseil d'État, décidait que le commanditaire ne pourrait *concourir ni être employé en aucune manière aux achats, aux ventes, etc.* Le tribunat observa « qu'un des droits du commanditaire est de participer aux délibérations générales de la société, et que ces délibérations ont souvent pour but, ou d'en approuver ou d'en autoriser les engagements; de sorte

[1] *Espr. du Code de comm.*, sur l'art. 27.

que, sous ce rapport, le commanditaire y concourt et doit y concourir au moins par son consentement. » — Ces observations, ajoute M. Locré, ont été adoptées par le conseil d'État, et l'on y a conformé la rédaction.

Donc, pas de doute possible sur la faculté qui appartient aux commanditaires de surveiller l'administration des gérants, d'approuver ou d'autoriser les engagements de la société, et conséquemment d'apposer leur *veto* aux actes qui leur paraissent dangereux ou compromettants. Les principes sont certains : leur application peut seule donner lieu à des difficultés particulières dont l'examen nous entraînerait dans des détails qui sortiraient de notre sujet (¹).

69. A peine est-il besoin de faire remarquer que si l'article 27 du code de commerce défend au commanditaire de faire aucun acte de gestion, et veut qu'il ne puisse être employé pour les affaires de la société même en vertu de procuration, il ne lui défend pas de faire pour son compte des affaires avec la société. Dans ce cas, il devient un tiers; il agit en son nom personnel, et soit qu'il vende à la société, soit qu'il lui achète, il fait ses affaires propres, et non celles de la société en dehors de laquelle il se place (²).

70. Quand les commanditaires sont solidairement tenus, pour s'être immiscés dans la gestion de la société, les créanciers de la société, au profit desquels cette solidarité est établie, ont naturellement contre eux une action directe puisque les commanditaires sont devenus leurs obligés au même titre que les associés ordinaires ou en nom collectif. On n'a jamais élevé de difficulté à cet égard.

(¹) Voy. le *Dictionn. du content. comm.*, v° *Société en commandite*, n. 55 et suiv., et suppl. 57 *bis* et suiv. Voy. aussi M. Troplong, n. 424 et suiv., et M. Delangle, n. 371 et suiv.

(²) Avis du conseil d'État du 29 avril 1809, approuvé le 17 mai suiv.



71. Mais il en est autrement du point de savoir si, lorsque le commanditaire n'est tenu que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société, les créanciers de la société ont contre lui une action directe pour le contraindre à verser les fonds dont il serait encore débiteur envers la société, ou s'ils n'ont qu'une action indirecte ou oblique du chef des associés solidaires, leur débiteurs principaux. La question est fort grave et diversement résolue. Mais comme elle sort de mon sujet, je me bornerai à émettre une opinion que j'appuierai sur une raison de décider qui me paraît invincible, en renvoyant le lecteur aux auteurs qui l'ont examinée à fond, et particulièrement à M. Troplong ([1]), La raison qui me paraît décisive en faveur de l'action directe des créanciers ou des tiers contre les commanditaires, c'est que les commanditaires font partie, quoique d'une manière limitée, d'une société qui agit sous un nom social, et qui offre aux tiers la garantie des noms de tous ses associés à quelque titre qu'ils le soient; l'action que les tiers ont contre la société, ils l'ont donc contre les commanditaires qui représentent la société jusqu'à concurrence de leur mise, et qui, lorsqu'ils sont débiteurs de leur mise, se trouvent par cela même débiteurs des tiers jusqu'à concurrence de ce dont ils sont débiteurs envers la société. Ce qui a pu obscurcir les idées à cet égard, c'est que, sous l'ancien droit, la commandite n'avait pas de raison sociale et ne faisait habituellement le commerce que par le moyen d'un gérant qui agissait en son privé nom. Dans ce cas, les tiers qui ne contractaient qu'avec ce gérant ne pouvaient pas avoir d'action directe contre des commanditaires qui leurs restaient étrangers ([2]).

([1]) *Des sociétés*, n. 828.

([2]) Voy. *inf.*, n. 75 et suiv., ce que nous disons de l'association en participation.

Aujourd'hui, il en est autrement : la société en commandite a un nom social, comme la société en nom collectif. Le gérant se présente aux tiers avec un cortège d'associés qui, tous, engagent leur responsabilité, les uns indéfiniment, les autres d'une manière limitée; les tiers peuvent donc agir également contre tous dans la mesure de cette responsabilité. Tel est le motif qui me détermine pour l'action directe, tout en reconnaissant que des raisons fort graves militent en faveur de l'opinion contraire (1).

72. Passons maintenant à la société anonyme : peu de mots suffiront. La société anonyme, dit l'article 29 du Code de commerce, n'existe point sous un nom social, et elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés. C'est en ce sens qu'elle est anonyme, ce qui ne veut point dire qu'elle n'a point de nom. Elle reçoit, au contraire, un nom, ou, si l'on veut, une qualification par la désignation de l'objet de son entreprise (2).

Le caractère distinctif de la société anonyme est d'être plutôt une association de capitaux qu'une association de personnes. Il suit de là qu'il n'y a aucune solidarité entre les associés qui ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société (3), et contre lesquels les tiers n'ont d'ailleurs aucune action directe. Les tiers ne peuvent agir que contre la société, c'est-à-dire contre ceux qui l'administrent : et ces administrateurs, mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits (4),

(1) Voy., sur la question, deux arrêts du 28 février 1844, et le résumé des différents systèmes par lesquels on a voulu la résoudre, dans le recueil de MM. Devilleneuve et Carette, 44, 1, 692.

(2) C. com., art. 30.

(3) C. com., art. 33.

(4) C. com., art. 31.

uniquement responsables de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu, ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire, relativement aux engagements de la société [1].

73. Toutefois, la position des membres d'une société en nom collectif n'est telle qu'elle vient d'être décrite que lorsque la société est constituée, c'est-à-dire lorsqu'elle a été autorisée et approuvée par le gouvernement dans la forme déterminée par l'article 37 du Code de commerce. Avant cette autorisation, la société n'existe pas comme société anonyme, et cependant elle peut, suivant les circonstances, exister comme société ordinaire. Dans ce cas, si les faits ou les actes des parties donnent lieu de croire à l'existence d'une société en nom collectif antérieure à l'obtention ou au refus de l'autorisation requise pour la constitution de la société anonyme, les associés sont solidairement tenus des engagements contractés par l'un ou plusienrs d'entre eux dans l'intérêt de l'association. Si, au contraire, il résulte des actes ou des faits qu'aucune société n'a précédé la formation de la société anonyme ou les obstacles apportés à sa formation, alors ceux qui ont contracté envers les tiers sont seuls personnellement tenus de leurs engagements; quand un seul a contracté, il est tenu pour le tout; quand plusieurs se sont engagés ensemble, ils ne sont tenus que pour leur part dans le montant de la dette commune. Les engagements préliminaires et les actes de gestion des intérêts de la future société anonyme ne sont donc régis, quant à leurs effets solidaires, par aucune règle uniforme et déterminée : tout dépend des circonstances et du point de savoir si ces actes émanent d'individus isolés et qui ne sont unis par aucun lien social, bien qu'ils aient

[1] C. com., art. 32.

des intérêts communs, ou si, au contraire, à cette communauté d'intérêts se joint une société en nom collectif, préalable à la société anonyme, qui est le but auquel tendent les cointéressés.

74. Telles sont les règles relatives à la solidarité ou à la divisibilité des obligations dans les sociétés en nom collectif, en commandite, ou anonymes. Outre ces trois espèces de sociétés, le Code de commerce reconnaît les associations commerciales en participation ([1]), dont la nature et les effets, quant à la matière qui nous occupe, ont soulevé des difficultés que les auteurs n'ont pas résolues d'une manière uniforme, faute d'avoir su se rattacher aux vrais principes.

C'est en effet une question fort délicate que celle de savoir s'il y a solidarité entre les associés en participation; et pour la résoudre, il faut remonter au principe même de l'obligation qui lie les associés en participation, soit entre eux, soit à l'égard des tiers; rechercher la nature et l'essence de ce contrat, et voir en quoi il diffère et en quoi il se rapproche des autres espèces de sociétés.

75. Il y a plusieurs manières de s'associer; en d'autres termes, on peut s'associer d'une manière plus ou moins intime et plus ou moins complète. Lorsqu'en formant à la fois une association de personnes ou de capitaux, plusieurs personnes se réunissent pour faire en commun les mêmes affaires, et courir en commun les mêmes chances de gain ou de perte, elles se confondent dans une individualité métaphysique qui constitue un corps moral distinct des individualités réelles qui le composent, ayant des droits et des devoirs particuliers. C'est la société proprement dite, ou la société en nom collectif, ainsi nommée, parce que tous les associés agis-

---

([1]) C. com., art. 48.

sent collectivement ; c'est elle qui constitue un corps moral, *corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum*, suivant l'expression de la Rote de Gênes [1]; et c'est pour cela que tous les associés sont solidairement tenus des obligations sociales [2].

La société en nom collectif se modifie par l'adjonction de la commandite. La commandite introduit dans la société en nom collectif un élément nouveau qui, tout en conservant à ce contrat sa nature et ses effets relativement aux associés en nom collectif, place les commanditaires dans une classe à part : le commanditaire, auquel tout concours actif est interdit, n'associe que ses capitaux, il n'associe pas sa personne; il n'entre dans la composition du corps social que jusqu'à concurrence des capitaux qu'il est convenu d'y mettre. C'est pour cela qu'il est affranchi de toute solidarité, et qu'il n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise.

On ne trouve plus aucune trace de la société en nom collectif dans la société anonyme, qui ne se présente aux tiers que comme une association limitée de capitaux : dès-lors, pas de solidarité ; les capitaux mis en société seuls sont responsables; les personnes et les biens sont affranchis.

Ces trois espèces de sociétés diffèrent, quant à leur constitution et quant à leurs effets, selon que les individus qui y entrent, y engagent à la fois leurs personnes et leurs fortunes, ou selon qu'ils y engagent seulement un capital limité; mais elles ont ce point frappant de ressemblance, qu'elles constituent toutes les trois un corps moral, qu'elles ont une existence propre, une actiou particulière, et qu'elles ne se confondent jamais tant qu'elles subsistent, avec les per-

---

[1] Décis. 7, n. 9.
[2] Voy. *sup.*, n. 58 et suiv.

sonnes de leurs associés solidaires ou non solidaires, selon l'espèce d'association, mais qui ne sont jamais solidaires que parce qu'ils font partie d'un corps moral dont ils sont la représentation.

Arrivons maintenant à l'association en participation. Le Code de commerce ne la définit pas, il ne la décrit même pas : et suivant la très judicieuse observation de MM. Delamarre et Lepoitvin (1), il emploie quatre articles pour dire qu'il n'a rien à en dire. D'après l'article 47, la loi reconnaît les associations commerciales en participation; l'article 48 ajoute qu'elles sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, et qu'elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants; elles peuvent, suivant l'article 49, être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale; enfin l'article 50 les dispense des formalités prescrites pour les autres sociétés. Le vide de ces quatre articles est cependant assez significatif, car le Code de commerce en parlant de la participation, sans dire ce que c'est, s'en remet évidemment à la coutume pour la détermination de la nature de ce contrat, et conséquemment pour ceux de ses effets qui dépendent de sa nature particulière.

Or, si l'on consulte les anciens auteurs tant de l'école italienne que de l'école française, on les trouve tous unanimes sur ce point, que l'association en participation ne constitue pas un corps moral dans lequel se confondrait la personne des participants.

Le cardinal de Luca, qui a résumé toute la doctrine de ses devanciers, s'exprime fort nettement à cet égard. Le par-

---

(1) *Contrat de comm.*, . II, n. 245.

ticipant, dit-il, n'est pas un associé, ***habens participationem non dicitur socius;*** il n'est pas maître de l'affaire, ***non est condominus;*** et il y a une grande différence entre une société et une participation aux profits et aux pertes, ***atque magna est differentia inter societatem et participationem utilium*** (1). Pourquoi cette différence? C'est ce que le même auteur explique dans une espèce où il s'agissait d'une action formée contre les participants d'un fermier des revenus publics (*appaltus*), qu'on voulait faire condamner comme solidaires. Là-dessus, le cardinal de Luca disait : qu'il y avait solidarité s'il y avait société, mais qu'il en était autrement s'il n'y avait que participation : ***Secus autem si non esset societas vel ipsius appaltûs communicatio,*** ita ut ejus substantia ni omnibus resideret, ***sed firmâ remanente conductione seu appaltu in ipso Honorato, tantùm importaret solam admissionem ad participationem utilium et damnorum, cum tùnc nullus dicatur intervenisse contractus vel quasi, inter locatorem et hujus modi admissos qui cum eo contrahere noluerunt, neque ad pensionis solutionem se obligare, ideoque sine voluntate et obligatione dari non poterat actio*** (2). La participation ne constitue donc pas un corps moral dont la substance, comme en matière de société proprement dite, se trouve représentée par chacun des associés, ***ut ejus substantia in omnibus resideret :*** c'est une affaire qui ne repose que sur la tête de celui qui l'a entreprise ***firmâ remanente conductione in ipso Honorato*** (le fermier), sauf la participation aux profits et aux pertes, à laquelle il admet des participants qui n'ont contracté qu'avec lui : ***tantum importaret solam admissionem ad participationem utilium et damnorum.***

---

(1) *De regalibus*, disc. 90, n. 12, et disc. 91, n. 15.
(2) *De locatione conductione*, disc. 27, n. 4 et 5.

Casaregis qui, venu après le cardinal de Luca, a été le dernier et le plus illustre de cette famille de jurisconsultes, vives lumières du droit commercial dont ils ont été les fondateurs, Casaregis énonce comme un point de droit constant qu'il y a une grande différence entre l'associé et le participant, *maxima differentia inter socium et participem*, en se bornant, pour en fournir la preuve, à renvoyer à de Luca (1).

Savary, le principal rédacteur de l'ordonnance de 1673, mais qui, plus praticien que jurisconsulte, était plus habile à décrire qu'à définir, décrit ainsi la participation, que de son temps on appelait société anonyme : « Elle s'appelle « ainsi, dit Savary, parce qu'elle est sans nom, et qu'elle « n'est connue de personne, comme n'important en façon « quelconque au public; tout ce qui se fait en la négociation, « tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne re- « garde que les associés chacun en droit soi, de sorte que « celui des associés qui achète, est celui qui oblige et qui « paye au vendeur : celui qui vend reçoit de l'acheteur; ils « ne s'obligent point tous deux ensemble envers une tierce « personne; il n'y a que celui qui agit qui est le seul obligé : « ils le sont seulement réciproquement l'un envers l'autre « en ce qui concerne cette société.... (2). »

Et pour mieux faire comprendre cette description, Savary propose pour exemple diverses combinaisons, à l'aide desquelles peut se réaliser l'association en participation.

Il arrive, dit-il, au port de Marseille un navire venant de Smyrne. Un négociant de Marseille, qui sait de quoi se compose le chargement, demande à un négociant de Paris s'il

(1) Disc. 39, n. 30.
(2) *Parfait négociant*, t. I, 2e partie, p. 25.

veut participer avec lui dans l'achat et la vente de tout ou partie de ce chargement, et quelle part il désire y prendre. Si le marchand de Paris accepte, il s'établit, suivant la dénomination suivie du temps de Savary, une société *participe* ou anonyme, par suite de laquelle le négociant de Marseille achète la cargaison, la revend au mieux, et rend compte de l'opération au négociant de Paris, auquel il fait raison, dans la proportion convenue, des bénéfices réalisés, ou qui lui fait raison des pertes, s'il y en a. C'est ce qu'on appelle, dit Savary, un compte en participation ([1]).

Autre exemple : Des marchands vont aux foires pour y vendre ou acheter de la marchandise. « Ceux qui y vont « acheter même marchandise; pour ne pas la suracheter « s'ils allaient sur les marchés les uns des autres, convien- « nent trois ou quatre ensemble de s'associer pour l'achat « des marchandises qu'ils feront pendant la foire pour les « partager et lotir entre eux, suivant les parts ou portions « qu'ils auront convenu, et l'argent que chacun aura porté « pour faire ses achats.... Les paroles ainsi données de part « et d'autre, ils se séparent pour faire leurs achats, chacun « en particulier, et rapportent ensuite le tout pour être par- « tagé entre eux ([2]). »

Enfin, une autre sorte de société anonyme ou inconnue, se fait encore, suivant Savary, entre les négociants qui, voyant par exemple qu'en France les blés sont extrêmement chers à cause de la mauvaise récolte, et qu'à Dantzick ou autre part, il y en aura grande abondance, s'associent ensemble pour y en acheter et les faire venir en France, un seul des associés se chargeant d'aller acheter les blés ou de les faire venir, de

---

([1]) *Ibid.*
([2]) *Ibid.*, p. 27.

les vendre lorsqu'ils seront arrivés et de partager ensuite le profit de l'opération entre tous les participants dans la proposition de l'intérêt qu'ils ont pris dans l'affaire [1].

A ces exemples on peut en ajouter un autre qui nous est fourni par Émérigon. Lorsque celui qui a un intérêt dans l'expédition d'un navire en cède une partie à un tiers, il se forme entre le cédant et le cessionnaire, une véritable société en participation : l'expédition se fait au nom du cédant seul qui en est le directeur, et qui s'oblige à faire part à son participe ou associé du produit net de la chose commune, relativement à l'intérêt cédé [2].

Comme on le voit, ces exemples d'associations en participation qui résument presque toutes les combinaisons d'un contrat introduit depuis longtemps par la pratique commerciale [3], confirment l'idée que s'en sont formés les jurisconsultes italiens, s'adaptent complètement à la description qu'en donne Savary, et excluent par conséquent toute application de la fiction légale qui, dans les sociétés ordinaires et proprement dites, fait voir un corps ou être moral, distinct de la personne même des associés qui le composent, puisqu'il est au contraire de l'essence de la participation que ceux des participants qui agissent, agissent en leur nom seul. Aussi Pothier, qui parle en jurisconsulte, d'une matière dont Savary parlait en homme d'affaires et de pratique, s'attachant à ce caractère essentiel de l'association en participation, la définit « celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui

---

(1) *Ibid.*, p. 28.

(2) *Des contrats à la grosse*, ch. 12, section 8, § 1.

(3) *Participem sola introduxit praxis.* (Rote de Gênes, décis. 59, n. 10).

sera faite par l'une d'entre elles en son nom seul. » [1] De même Jousse [2], dit équivalemment que la société anonyme n'est point faite en nom collectif comme les sociétés ordinaires; et Rogue, l'un des jurisconsultes qui ont saisi avec le plus de sagacité les signes caractéristiques et distinctifs des contrats commerciaux, dit, en parlant de la société anonyme ou compte en participation : « Cette société ne se fait « sous aucun nom : chacun travaille de son coté sous son « nom particulier; ils se rendent réciproquement compte « des profits ou des pertes qu'ils partagent, et supportent en « commun [3]. »

76. L'association en participation ne se personnifie donc point; bien différente des sociétés proprement dites, elle n'a pas, en dehors des associés, une personne morale et un nom social, en un mot une raison qui les représente tous, ou qui représente les capitaux de tous.

C'est à MM. Delamarre et Lepoitvin [4] qu'appartient l'honneur d'avoir rappelé et mis en relief ces principes si complètement oubliés avant eux que la plupart des auteurs qui ont écrit sur cette matière depuis le code de commerce, avaient cru trouver dans l'unité de l'affaire, ou dans la courte durée de l'opération, le caractère distinctif de l'association en participation. Cette erreur a été mise en crédit par M. Locré, ou plutôt par le Tribunat et par M. Regnault-de-Saint-Jean-d'Angely, dont M. Locré rapporte ou traduit les observations, et suivant lesquels « l'association en participation ne serait qu'un marché d'un moment, relatif à quelque

---

[1] *Contrat de société*, n. 61.
[2] Sur le titre *Des sociétés* de l'ordon. de 1673.
[3] *Jurispr. consul.*, t. II, p. 237, n. 3.
[4] *Du contrat de commission*, t. II, n. 243 et suiv.

opération passagère, et différerait en cela de la société dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts continus (¹). » Ce n'est pas la durée du lien, mais bien sa nature qui en fait la force. Néanmoins cette erreur se propogea promptement et fit de rapides progrès, à tel point qu'il n'est peut-être pas un seul auteur qui ne l'ait reproduite sans contrôle, pour s'y rattacher comme au caractère distinctif de la participation (²). Sans doute, une opération accidentelle est plus facilement l'occasion d'une association en participation, qu'une affaire dont la complication présente moins de sûreté aux participants. Mais de même qu'une opération isolée peut faire l'objet d'une société en nom collectif, si tel est le mode d'association adopté par les parties, de même aussi une affaire composée d'une suite d'opérations n'a rien qui répugne à la participation simple, puisque rien ne s'oppose à ce que celui qui entreprend cette affaire admette un tiers à y participer. L'art. 48 du code de commerce, si vague d'ailleurs, est précis sur ce point : il dit en termes exprès que les associations en participation « sont relatives à une *ou plusieurs opérations de commerce*, » et il ajoute qu'elles ont lieu pour les objets convenus entre les participants, ce qui exclut toute limitation quant au temps, quant à la durée et quant à la nature de l'objet de l'association. Aussi la jurisprudence, malgré quelques hésitations et des arrêts qui ont refusé de voir des associations en participation dans celles qui embrassent une série d'affaires (³), s'est néanmoins généralement prononcée dans un sens plus ra-

---

(¹) *Esprit du code de commerce*, sur l'art. 47.

(²) Voy. MM. Malepeyre et Jourdain, p. 260 ; M. Pardessus, n. 1043 et 1046 ; M. E. Vincens, t. I, p. 378.

(³) Bordeaux, 5 mai 1829 (Dev. et Car., 9, 2, 255 ; Dall., 33, 2, 135) ; Grenoble, 9 juillet 1831 (Dev., 32, 2, 575 ; Dall., 32, 2, 145).

tionel. Et, d'après les arrêts, l'exploitation d'une mine [1]; des entreprises de commission [2]; des entreprises d'équipements militaires [3]; l'exploitation d'une entreprise de bains publics [4]; la fabrication des espèces monnayées [5]; la publication d'un journal [6]; l'exploitation d'un brevet d'invention [7], peuvent être la matière d'une association en participation.

77. C'est donc un point désormais constant, que l'association en participation ne constitue pas un corps moral, dans lequel se confond la personne des associés. L'affaire qui en fait l'objet n'est donc point l'affaire de la société, mais celle de l'associé directeur qui en reste le maître ; les autres n'ont que le droit de participer à ses résultats heureux ou malheureux. *Non sunt socii*, dit Casaregis, *neque in jure formali negotii considerantur condomini, sed solum sunt participes* [8].

De là cette conséquence forcée et nécessaire que les tiers qui ont traité avec l'associé directeur ou maître de l'affaire, n'ont aucune action solidaire contre les participants, à raison des engagements contractés pour l'affaire commune. Eh ! comment les tiers pourraient-ils avoir une action solidaire ou autre contre les participants, puisque, n'ayant contracté qu'avec le directeur ou le maître de l'affaire, ils ne connaissent que lui, et n'ont par conséquent d'action que contre lui. En matière de société, les tiers qui contractent avec le gérant n'ont pas besoin de connaître les associés pour avoir action

---

(1) Cass., 30 avril 1828 (Dev. et Car., 9, 1, 90).
(2) Cass., 18 juillet 1832 (Dev., 33, 1, 476).
(3) Cass., 7 décembre 1836 (Dev., 37, 1, 630).
(4) Cass., 5 juillet 1825 (Dev. et Car., 8, 1, 150).
(5) Cass., 8 janvier 1840 (Dev., 40, 1, 20).
(6) Paris, 9 mars 1843 (Dev., 43, 2, 275).
(7) Rouen, 19 janvier 1844 (Dev., 44, 2, 395).
(8) *Disc.* 29, n. 38.

contre eux, parce qu'ils ont, dans le fait, contracté avec la société que tous les associés représentent. Au contraire, en matière de participation, en contractant avec le maître de l'affaire, ils ne peuvent se préoccuper ni se prévaloir des conventions qu'il a faites avec les personnes qu'il a admises à y participer, auxquelles il doit compte des bénéfices, mais qui ne doivent qu'à lui seul leur part conventionnelle dans les pertes justifiées. *In casu societatis*, dit très nettement le cardinal de Luca, *debitum ab uno socio, in causam negotii socialis contractum, obligat alterum; et è converso exclusâ societate ac positâ simplici admissione ad participationem, contrarium dicendum est* (1). Les participants, ajoute Casaregis qui vient joindre son autorité à celle de son illustre devancier, ne peuvent ni agir contre les débiteurs de l'affaire commune, ni être actionnés par les créanciers : *Neque ipsi agere possunt contra debitores societatis, neque conveniri valent à creditoribus societatis;* et il conclut de là que la principale différence qui distingue le participant de l'associé, c'est que le participant n'est tenu que jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'il a pris dans l'affaire : *Maxima est differentia inter socium et participem et sic in jure diversi producunt effectus, quorum præcipui sunt ut participes non teneantur nisi ad ratam capitalis pro quo participant in negotio* (2).

Aussi, tous les anciens auteurs français, conséquents avec les principes qu'ils ont si bien mis en lumière, sont-ils unanimes pour refuser toute action, et à plus forte raison toute action solidaire contre l'associé anonyme ou participant, à ceux qui ont traité avec le maître de l'affaire. C'est l'opinion

---

(1) *De credito, disc.* 87, n. 7. — Voyez aussi le même auteur, *De cambiis, disc.* 29. n. 6.

(2) *Disc.* 39, n. 30 et suiv.

de Savary ([1]), de Pothier ([2]), de Rogue ([3]), de Jousse ([4]). Tous reconnaissent que les participants ou associés inconnus ne sont engagés que vis-à-vis les uns des autres, mais non envers les tiers qui ont traité avec l'associé principal ou directeur, parce que la société en participation n'est point faite en nom collectif comme les sociétés ordinaires, où les engagements se font sous les noms exprimés de tous les associés, ou sous le nom collectif de *tel et compagnie.*

Enfin, la cour de cassation, après avoir accordé l'action solidaire aux tiers contre les participants ([5]), a changé de jurisprudence le 9 janvier 1821 ([6]), et a persisté dans ce dernier système par son arrêt plus récent du 8 janvier 1840 ([7]), en jugeant que les tiers n'avaient aucune action solidaire contre les participants.

78. Sans doute les créanciers de l'associé principal et directeur peuvent agir contre les participants du chef de leur débiteur, en exerçant les droits de ce dernier ([8]); mais cette action oblique qui ne procède point d'une obligation sociale, et qui ne peut s'exercer que dans les limites des conventions qui lient les participants au maître de l'affaire, ne doit point être confondue avec l'action directe et solidaire qui appartiendrait aux tiers, si l'engagement pris envers eux était un engagement social. Cette distinction est clairement indiquée par de Luca : *Contra participem nulla datur actio directa, neque intrat regula ut obligatio contracta per socium afficiat conso-*

([1]) *Loc. cit.*, p. 23.
([2]) *Des sociétés*, n. 63.
([3]) Tome II, p. 238.
([4]) Sur le titre *Des sociétés.*
([5]) 28 mai 1817 (Dev. et Car., 5, 1, 322).
([6]) *Ibid.*
([7]) Dev. et Car., 40, 1, 20.
([8]) C. civ., 1184. Voy. *sup.*, t. IV, n. 299.

cium. Creditori alia non datur actio nisi obliqua, ex personâ propriâ et directi debitoris cujus dicetur legalis procurator, ejusque jura exercere potest, et prout ipsi debitori competunt; secùs autem si non debitori competat (1).

Vainement objecterait-on que dans l'ancien droit, et surtout dans l'ancien droit italien, le participant était assimilé au commanditaire, et qu'on les confondait souvent l'un et l'autre, pour en conclure que l'action directe que nous avons reconnue aux créanciers de la société contre les commanditaires doit également être ouverte contre les participants, avec cette différence toutefois que les participants seraient solidairement tenus, parce qu'ils ne pourraient se prévaloir des dispositions spéciales qui limitent la responsabilité des commanditaires.

Il est vrai qu'aux yeux des jurisconsultes italiens il y avait une grande affinité entre la participation et la commandite. Casaregis, dans un passage que j'ai déjà eu l'occasion de citer (2), applique la qualification de participation à une commandite; il en est de même du cardinal de Luca (3). Mais pourquoi cette assimilation? Parce que sous l'ancien droit italien, de même que sous notre ancien droit français, la commandite ne se révélait pas aux tiers et n'agissait pas sous une raison sociale. C'est par cette raison que, dans l'ancien droit, les commanditaires n'étaient pas exposés à l'action directe des tiers; et c'est parce qu'aujourd'hui la commandite est représentée par une raison sociale, qu'une action directe contre les commanditaires appartient aux créanciers de la société (4). Mais comme la participation n'a pas cessé d'être

(1) *De credito, disc.* 88.
(2) Voy. *sup.*, n. 62. Voy. aussi *disc.* 29, n. 38.
(3) *De credito, disc.* 89, n. 7.
(4) Voy. *sup.*, n. 71.

ce qn'elle était autrefois, et qu'elle n'a pas aujourd'hui plus de raison sociale qu'elle n'en avait jadis, les règles qui ont cessé d'être applicables à la commandite out continué de s'appliquer à la participation, et il n'y a rien à conclure contre les participauts de l'action directe, à laquelle, sous l'empire du nouveau droit, sont exposés les commanditaires.

79. C'est, du reste, un point qne les auteurs modernes reconnaissent assez généralement, que les tiers n'ont d'action ni directe, ni solidaire contre les participants. Mais ils modifient ce principe par une exception qui contredit le principe lui-même et qui en est la négation. M. Merlin a soutenu, dans uu réquisitoire devenu célèbre, que, en thèse générale, lorsque la société a profité de l'engagement pris par l'associé directeur ou gérant, les tiers ont contre l'associé non dénommé une action directe et solidaire, et spécialement, que l'associé participant ou anonyme est solidairement et directement tenu envers les tiers des engagements qui, contractés par le maître de l'affaire, ont tourné au profit de l'association (1). Ce système, embrassé par plusieurs arrêts (2), a été suivi par un certain nombre d'auteurs qu'a entraînés l'autorité du savant procureur général, et parmi lesquels on remarque M. Pardessus (3) et M. Vincens (4).

Il n'y a rien à ajouter aux raisons victorieuses à l'aide desquelles MM. Delamarre et Lepoitvin (5) et M. Troplong (6), ont réfuté la thèse générale de M. Merlin et établi qu'il ne

(1) *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2.
(2) Cass., 28 germ. an XII (Dev. et Car., 1, 1, 937); 26 mars 1817 (*Ibid.*, 5, 1, 301).
(3) *Droit commerc.*, n. 1049.
(4) T. I, p. 378.
(5) *Du contrat de commission*, t. II, 247 et suiv.
(6) *Des sociétés*, t. II, n. 773 et suiv.

suffit pas que l'engagement contracté par un associé ait tourné au profit de la société, pour que les tiers aient une action directe et solidaire contre les associés ([1]). Je renvoie le lecteur à leurs savantes et lumineuses discussions. Il me suffira de faire remarquer ici que cette thèse ne touche en rien les associés en participation, et que tous les arguments par lesquels on prétend établir le droit des tiers contre les associés, à raison des engagements qui auraient profité à la société, ne sont pas concluants dès qu'on veut les appliquer à l'association en participation, puisque là où il n'y a pas de société, la société ne profite pas, et que les participants qui ne représentent pas une personne morale, ne peuvent répondre des engagements dont répondrait cette personne morale, si elle existait. Les tiers, qui n'ont contracté avec les participants, ni directement, ni indirectement, ne peuvent donc avoir aucune action directe et solidaire contre eux, sous prétexte que les participants ont profité de l'opération, alors même qu'en matière de société ordinaire et proprement dite, on déciderait que les tiers ont une action directe contre les associés, à raison des engagements contractés par l'un d'eux en son nom personnel, et dont la société aurait profité.

Le principe général reste donc dans toute sa force, et il est vrai de dire que dans aucun cas et sous aucun prétexte les tiers n'ont une action directe et solidaire contre les simples participants ([2]).

80. Je dis contre les simples participants : car il est bien évident que si des individus qui ont prétendu n'établir entre

---

(1) Voy. *sup.*, n. 54.

(2) MM. Delamarre et Lepoitvin, *ubi sup.*, n. 243 et suiv.; M. Troplong, n. 780 et suiv.; M. Delangle, *Des sociétés*, n. 603 et suiv.



eux que les liens d'une participation, s'obligeaient en commun, par le même acte, et sans division d'intérêts, ils seraient obligés solidairement, parce que en s'engageant collectivement, ils auraient contracté de fait ou d'intention une société en nom collectif dont ils devraient subir toutes les conséquences ([1]). C'est par ce motif que lorsque deux commerçants signent ensemble la même obligation, ils sont obligés solidairement s'ils se sont associés pour le fait particulier à l'occasion duquel ils contractent, ainsi que nous l'avons déjà dit en examinant la question de savoir quand et comment les obligations conjointes entre commerçants peuvent être de plein droit réputées solidaires ([2]), et en expliquant comment il n'est pas nécessaire, pour qu'une société en nom collectif soit formée et s'oblige comme telle envers les tiers, que son existence soit constatée par écrit et manifestée par l'emploi d'une raison sociale ([3]).

Ici finit ce que j'avais à dire sur la solidarité sociale. Je me suis longuement étendu sur ce sujet à raison de son importance : il y aura beaucoup moins à dire sur les autres cas de solidarité légale, dont l'application soulève des difficultés peut-être aussi graves, mais assurément moins nombreuses.

81. Passons à l'examen de la solidarité établie contre les signataires des effets négociables ou transmissibles par voie d'ordre.

Aux termes des articles 118, 140 et 142 du Code de commerce, tous ceux qui ont signé une lettre de change, soit comme obligés principaux, soit comme cautions, ceux qui l'ont endossée, ceux qui l'ont acceptée, sont tenus envers

---

([1]) Voy. Bordeaux, 19 juillet 1830 (Dev., 31, 2, 75).
([2]) Voy. *sup.*, n. 12.
([3]) Voy. sup., n. 43.

le porteur à la garantie solidaire de l'exécution de l'engagement qu'ils ont contracté : ceux qui ont signé ou endossé une lettre de change en garantissent solidairement tant l'acceptation que le payement; ceux qui l'ont acceptée n'en garantissent que le payement.

L'article 187 du même Code soumet les signataires ou endosseurs d'un billet à ordre, en ce qui touche le payement, à la même garantie solidaire que les signataires ou endosseurs d'une lettre de change.

Enfin il est certains contrats maritimes, tels que le contrat de prêt à la grosse et le connaissement, qui, aux termes des articles 281, 314 et 315 du Code de commerce, peuvent être faits à ordre, négociés par voie d'endossement, et qui se trouvent dès lors régis quant à la solidarité des divers signataires ou endosseurs, par les mêmes principes que la lettre de change et le billet à ordre. Occupons-nous donc d'abord de la solidarité des divers obligés au payement ou à l'acceptation des lettres de change ou des billets à ordre, et nous ferons ensuite une application succincte des règles que nous aurons tracées aux contrats particuliers qui deviennent accidentellement négociables par voie d'ordre ou d'endossement.

82. Observons en premier lieu que la solidarité qui atteint les signataires ou endosseurs des lettres de change et des billets à ordre, ne distingue point entre les signataires commerçants et les signataires non commerçants. Tous sont également frappés. Il n'y a aucun doute à cet égard relativement à la lettre de change, qui est un acte essentiellement commercial, et dont l'effet est de soumettre nécessairement tous les signataires indistinctement à la juridiction commerciale et à la contrainte par corps [1]. Il ne saurait y en avoir non plus

[1] C. com., 632, 636.

relativement aux billets à ordre, bien que les signataires non commerçants soient affranchis de la contrainte par corps, et ne soient soumis à la juridiction commerciale que lorsque le billet porte en même temps des signatures d'individus commerçants ([1]). La solidarité tient ici, non à la qualité de la personne qui peut être inconnue, mais à la forme de l'obligation dont les effets sont connus de tout le monde, et sur lesquels la bonne foi ne permet pas qu'il puisse y avoir d'incertitude ([2]).

83. Quant aux lettres de change réputées simples promesses, il faut faire une distinction. Si la lettre de change est réputée simple promesse par application de l'article 112 du Code de commerce, parce qu'elle contiendrait des suppositions soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit du lieu d'où elle est tirée et où elle est payable, comme alors elle n'est plus une lettre de change ([3]), elle ne peut soumettre ceux qui l'ont signée à aucune des charges particulières à cette nature d'engagement. Ce n'est plus qu'une obligation ordinaire régie par le droit commun, et pour laquelle on ne pourrait même revendiquer les effets attachés aux billets à ordre, alors même qu'elle en remplirait les conditions essentielles, parce que ce serait la faire rentrer par une voie détournée dans le droit spécial dont l'article 112 l'exclut formellement. Sans doute elle peut, dans cet état, constituer un acte de commerce, et entraîner contre les signataires commerçants des conséquences commerciales, telles que l'attribution aux tribunaux consulaires et la contrainte par corps ([4]); mais comme ce n'est pas une lettre de change, elle

([1]) C. com., 636.
([2]) M. Duranton, t. XI, n. 212. — Voy. *sup.*, n. 33.
([3]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 358.
([4]) C. com., art. 636 et 637.

ne peut produire aucun des effets spéciaux à cette espèce d'obligation et qu'il était dans l'intention des parties de lui faire produire, en simulant les conditions constitutives de la lettre de change ([1]).

84. Si, au contraire, il s'agit d'une lettre de change régulière d'ailleurs, sur laquelle se trouve la signature de femmes ou de filles non négociantes ou marchandes publiques, signature qui ne vaut, à l'égard de ces femmes ou de ces filles, que comme simple promesse, je pense que l'obligation ne cessant pas d'être une lettre de change, soumet les femmes et les filles à la solidarité qui pèse sur les autres signataires, et qu'elles ne sont affranchies que de la contrainte par corps et des autres effets accessoires, particuliers à ce genre d'obligation. Je me suis déjà expliqué sur ce point, de manière à n'avoir plus besoin d'y revenir ici ([2]).

85. Du reste, si une femme non marchande tirait ou signait une lettre de change conjointement avec son mari, la solidarité qui existe entre les autres signataires existerait à plus forte raison entre elle et son mari ([3]).

86. Il y a en matière de lettre de change et de billets à ordre, deux sortes de solidarité. L'une est la solidarité ordinaire, c'est-à-dire la solidarité des codébiteurs qui sont obligés ensemble au payement d'une dette commune, et entre lesquels la dette se divise de plein droit ([4]). Elle a lieu lorsque deux ou plusieurs personnes ont souscrit, endossé, ou accepté ensemble et conjointement, une lettre de change ou un billet à ordre. Les souscripteurs, endosseurs

---

([1]) Voy. cependant M. Locré, sur l'art. 112 code com.
([2]) Voy. *sup.*, t. III, n. 190.
([3]) Voy. *sup.*, t. III, n. 191.
([4]) Cod. civ., art. 1213. Voy. *inf.*, art. 2.

ou accepteurs conjoints, sont solidairement tenus entre eux, de telle sorte que si l'un des accepteurs conjoints vient à payer la dette, elle se divise entre les autres accepteurs contre lesquels celui qui a payé ne peut recourir que pour leur part dans la dette commune.

L'autre est la solidarité des cautions ou des garants qui ont tous un recours successif et solidaire contre les signataires qui les précèdent, jusqu'au dernier qui n'a de recours contre personne et qui supporte seul la totalité de la dette. Ainsi, le porteur d'une lettre de change qui à l'échéance n'est pas payé par l'accepteur, a un recours solidaire contre tous les endosseurs et contre le tireur ou souscripteur. S'il s'adresse au tireur et que celui-ci paye, tout est dit; la lettre de change est rentrée entre les mains de celui qui l'avait remise, et à moins que celui-ci n'ait des coobligés qui auraient tiré avec lui, il n'a de recours contre aucun codébiteur. Si au contraire le porteur s'adresse à l'un des endosseurs (et il a le choix entre tous puisque tous sont solidaires), cet endosseur, après avoir payé, a également un recours solidaire contre tous les endosseurs précédents, et ainsi de suite jusqu'au dernier. En d'autres termes, chaque porteur (et par là il faut entendre non pas seulement celui qui est porteur de l'effet au moment de l'échéance, mais encore tout signataire de l'effet qui s'en trouve en possession après l'avoir remboursé) chaque porteur a pour garant non-seulement son cessionnaire immédiat, mais encore tous les cessionnaires antérieurs et successifs auxquels il peut s'adresser indifféremment, et qui tous sont tenus de faire honneur à leur signature, sans pouvoir demander que le créancier s'adresse d'abord de préférence à des coobligés plus rapprochés de lui dans l'ordre des endossements. Il ne peut donc y avoir ni discussion ni division entre les codébiteurs : une lettre

de change constitue relativement à chacun des signataires une obligation distincte et personnelle, et tous les endosseurs étant garants du payement de la somme totale, non-seulement envers le porteur, mais encore, éventuellement, envers les endosseurs qui les suivent, ne peuvent se libérer les uns envers les autres qu'en payant la totalité.

87. Rien d'ailleurs de plus juste et de plus rationnel que le recours solidaire qui est accordé au porteur contre les endosseurs et le tireur au cas de non-payement par l'accepteur ou le tiré.

Quant au tireur qui reçoit la valeur de la lettre qu'il fournit il est clair qu'il s'engage non-seulement à la faire accepter par le tiré, mais encore à la faire payer. *De naturâ cambii est*, dit Raphaël de Turri, *ut non factâ solutione in loco destinato, per eum cui remissa erat destinata, quod dator earumdem remaneat debitor nedum summæ de quâ in litteris, sed etiam de interesse decurso et decurrendo, usque ad actualem solutionem* (1). Tous les anciens auteurs qui ont fondé le droit du commerce ou qui en ont constaté les usages, sont d'accord sur cette règle que les tribunaux de leur temps avaient sanctionnée de leur autorité, *cùm de communi omnium Europæ tribunalium consuetudine, ratione commercii id receptum sit* (2); et que la Rote de Gênes avait nettement formulée en ces termes : *Scribens litteras cambii tenetur in solidum cum eo cui sunt scriptæ etiam post acceptationem* (3).

88. Observons que si la lettre de change a été tirée d'ordre et pour le compte d'un tiers qui est en nom dans la lettre de

(1) *De cambiis*, disp. 3, quæst. 12, n. 16.
(2) De Luca, *De cambiis*, disc. 22, n. 2.
(3) Décis. 2, n. 41. Voy. aussi décis. 8, n. 19, et décis. 10, n. 2; Casaregis, disc. 48, n. 1; 59, n. 20; 61, n. 1; 190, n. 16.

change elle-même, ce donneur d'ordre est un tireur ordinaire qui est dès-lors soumis au même recours solidaire qu'un tireur pur et simple. S'il ne figure pas dans la lettre de change, il n'est plus qu'un tiers contre lequel le porteur et les endosseurs ne peuvent recourir que du chef du tireur, et en exerçant les actions de ce dernier ([1]).

89. Quant aux endosseurs, qui sont de véritables cédants, ils sont naturellement tenus à une garantie de droit envers leurs cessionnaires; et comme c'est par le fait de tous les endosseurs successifs que la lettre de change ou le billet à ordre est arrivé entre les mains du porteur, il est juste, et l'intérêt du commerce le commande d'ailleurs, que le porteur ait un recours, non-seulement contre son cédant immédiat, mais encore contre les précédents endosseurs qui ont tous également concouru à mettre l'effet en circulation. De là, la règle qui étendit la solidarité à tous les endosseurs, aussitôt que se fut introduit l'usage de la transmission des lettres de change par voie d'ordre : *Ultimus giratarius, litteris non adimpletis, habet regressum tam contrà datorem quam contrà omnes præcedentes giratarios* ([2]).

90. Du reste, le tireur qui a fourni la provision entre les mains du tiré, c'est-à-dire qui est créancier du tiré pour une somme au moins égale au montant de la lettre de change, créance dont la lettre de change n'est en réalité que la cession; les endosseurs, qui ne sont que les cessionnaires successifs du même titre, n'étant tenus, les uns et les autres que de garantir au porteur le payement de ce titre, ne sont exposés à un recours solidaire, qu'autant qu'à l'échéance la lettre

---

([1]) Dupuy de la Serra, *Art des lettres de change*, ch. 16, n. 9 et 10. Voy. De Luca, *De cambiis*, disc. 30; et Casaregis, disc. 57.
([2]) Casaregis, disc. 58, n. 7.

de change n'a pas été acquittée par le tiré, et que le porteur a fait toutes diligences pour être payé par celui qu'il avait accepté pour débiteur. *In contractu cambii*, dit très bien à ce sujet le cardinal de Luca (¹), *juxtà magis communem et receptam opinionem, non datur pœnitentia; id circò ille qui dedit pecunias, molestare non potest recipientem ac respectivè scribentem litteras, nisi ex capite non implementi quod habet pro fundamento moram, ad cujus effectum necessarium est docere de interpellatione ; sive ex aliâ regulâ quod cessionarius acceptans alium in debitorem quamvis pro solvendo et non pro soluto, regressum habere non potest contrà cedentem, nisi prius factis diligentiis contrà nomen cessum, ut ita satisfactum dicatur saltem mandato, quod cessionarius à mandante suscepisse dicitur ad exigendum* (²).

Et comme le tiré qui a fait la provision, ainsi que les endosseurs qui sont autorisés à croire qu'elle a été faite, doivent présumer que la lettre de change a été payée à son échéance, tant qu'ils n'ont pas été instruits du contraire, et que l'intérêt du commerce ne permet pas qu'ils restent longtemps dans l'incertitude à cet égard; toutes les coutumes et toutes les législations qui s'y sont conformées, ont imposé au porteur l'obligation de mettre le tiré en demeure au moment de l'échéance, au moyen d'un acte appelé protêt, et de dénoncer ce protêt, dans un bref délai, au tireur et aux endosseurs contre lesquels il prétend conserver un recours solidaire. *Creditor litterarum cambii*, dit Casaregis (³), en résumant toutes les autorités doctrinales et jurisprudentielles qui avaient fondé le droit commercial, *vel illius giratarius si fuit negligens in præsentàndis litteris, vel*

(¹) *De cambiis*, disc. 21, n. 4.
(²) Voy. aussi Ansaldus, disc. 1, n. 8.
(³) Disc. 190, n. 20.

præsentatis non denuntiaverit intrà debitum tempus scribenti morositatem, seu reluctantiam illius cui pro eis solvendis directæ fuerunt, nullum regressum habet contrà scribentem [1].

De là, la nécessité de constater le refus de payement par un acte que l'on nomme protêt, qui doit être fait le lendemain de l'échéance, et notifié dans la quinzaine au tireur et aux endosseurs contre lesquels le porteur veut exercer son action solidaire [2].

Mais il faut bien remarquer que lorsque le tireur n'a pas fait la provision entre les mains du tiré, il n'est plus garant d'une créance qui n'existe pas : il reste débiteur direct de la valeur qu'il a reçue, et qu'il a promis de faire payer. Si donc le tiré refuse de payer parce qu'il n'a pas provision, le porteur n'a pas besoin, pour pouvoir recourir contre le tireur, de faire protester la lettre de change dans les délais ordinaires.

91. Rien n'empêche au surplus, soit le preneur d'une lettre de change de renoncer à tout recours solidaire contre le tireur, soit les porteurs successifs de renoncer à ce recours contre les endosseurs qui leur ont transmis l'effet. Mais une pareille renonciation, pour être opposable aux porteurs ultérieurs, doit être clairement exprimée sur la lettre même. Dans ce cas, tous ceux qu'un endossement rend porteur de l'effet, savent sous quelle condition il a été tiré, souscrit ou endossé, et sont dès-lors obligés de se soumettre à une condition qu'ils ont acceptée [3].

92. Les règles qui précèdent sur la solidarité des lettres de change et des billets à ordre s'appliquent pleinement aux

---

(1) Voy. encore disc. 1, n. 8 et disc, 48, n. 1 ; Rote de Gênes, déc. 6, n. 6 ; décis. 30, n. 1 ; décis. 8, n. 18 et 19.

(2) C. com., art. 162, 165, 167, 173.

(3) Cass., 19 janvier 1841 (Dev., 41, 1, 165); M. Pardessus, n. 348.

contrats à la grosse, lorsqu'ils sont stipulés transmissibles par voie d'endossement ([1]). Le prêteur à la grosse qui se trouve le premier cédant, et les endosseurs successifs, sont solidairement soumis au recours du porteur, en cas de non-payement du capital prêté, à l'époque du remboursement. Mais il est à remarquer que leur garantie ne couvre que le capital : elle ne s'étend pas au profit maritime ([2]); ce qui est juste, car le prêteur à la grosse qui n'a reçu de celui à qui il a négocié son contrat que la somme principale qu'il avait remise à l'emprunteur, et les endosseurs qui n'ont pas touché au-delà de cette somme de leurs cessionnaires respectifs, ne peuvent garantir que ce principal, *valutam receptam* ([3]). Néanmoins, rien ne s'oppose à ce que les parties fassent des conventions contraires, et étendent la garantie des endosseurs jusqu'au profit maritime ([4]).

93. Comme la lettre de change et le billet à ordre auxquels il est assimilé, le contrat à la grosse doit être protesté par le porteur qui veut se réserver un recours en garantie solidaire contre les endosseurs. Quand le contrat à la grosse est à échéance fixe, le protêt doit être fait le lendemain de cette échéance par application des règles ordinaires. Quant, au contraire, l'échéance est indéterminée, par exemple, quand le prêt est fait pour une partie du voyage, le protêt doit être fait le lendemain du jour où le porteur a eu connaissance du fait qui rendait le capital exigible ([5]). Ainsi, dans une espèce où l'exi-

---

([1]) C. com., 313. Casaregis, disc. 55.
([2]) C. com., 314.
([3]) Casaregis, disc. 55, n. 2; Émerigon, *Des contrats à la grosse*, ch. 9, sect. 1, § 2.
([4]) C. com., 314.
([5]) M. Pardessus, n. 915; M. Boulay-Paty, *Droit marit.*, t. III, p. 104.

gibilité du contrat à la grosse était amenée par le déroutement du navire, il a été jugé que le porteur était tenu, à peine de déchéance, de faire le protêt le lendemain du jour où il avait notifié le déroutement aux prêteurs ([1]).

94. Les règles sur la solidarité des effets négociables s'appliquent encore aux connaissements que l'art. 281 du Code de commerce permet de faire à ordre. Le porteur du connaissement auquel le capitaine ne remet pas les marchandises qui y sont portées, a un recours solidaire contre les endosseurs en payement de la valeur de ces marchandises, après protêt fait dans un délai qu'il est impossible de déterminer d'avance d'une manière uniforme, et dont l'échéance dépend des circonstances et des conventions des parties.

95. Passons maintenant en revue certains cas de solidarité légale, moins importants sans doute que ceux qui précèdent, mais qui sont loin d'être dépourvus d'intérêt.

Voyons d'abord ce qui concerne le mandat.

Aux termes de l'article 1995 du Code civil, quand il y a plusieurs fondés de pouvoirs ou mandataires, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée. Au contraire, aux termes de l'article 2002, lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui des effets du mandat ([2]). En droit civil, la solidarité légale n'existe donc pas au profit des mandants contre les mandataires, tandis qu'elle existe au profit des mandataires contre les mandants.

96. La première de ces deux règles est également applicable en matière commerciale, puisqu'aucune disposition

---

([1]) Tribunal de Marseille, 19 nov. 1820 (*Journal de Marseille*, t. I, prem. partie, p. 138).

([2]) L. LIX, § 3, *ff. Mandati.*

particulière du droit commercial ne fait peser sur les mandataires commerciaux une solidarité dont le droit commun les affranchit. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la solidarité fût de droit en matière commerciale, et nous avons prouvé qu'en matière commerciale comme en matière civile, il n'y avait de solidarité qu'autant qu'elle résultait de la volonté de la loi, ou qu'elle était stipulée par les parties contractantes ([1]).

Si donc plusieurs commissionnaires non associés ont reçu la même commission du même commettant, ils ne sont solidairement obligés envers le commettant qu'autant que la solidarité a été stipulée. L'opinion contraire, soutenue par MM. Delamarre et Lepoitvin, repose uniquement sur la théorie d'une solidarité générale et de plein droit qui serait la règle des affaires commerciales ([2]). Je n'ai plus besoin de la combattre ici.

97. Par la même raison les syndics d'une faillite ne sont solidaires ni envers les tiers avec lesquels ils traitent au nom de la masse, ni envers la masse pour les comptes qu'ils ont à lui rendre. Les syndics sont des mandataires nommés il est vrai par justice au lieu d'être directement choisis par ceux qu'ils représentent; mais cette circonstance ne change pas leur caractère, et conséquemment ne les soustrait pas au droit commun pour les placer sous l'empire d'un droit particulier, dont le principe, en ce qui les concerne, ne se trouve écrit nulle part. Avant la loi qui, en 1838, a modifié les anciennes dispositions du Code de commerce sur les faillites, la question était controversée. Un arrêt de la cour de cassation

---

([1]) Voy. *sup.*, n. 7 et suiv.
([2]) *Du contrat de commission*, t. II, p. 472.

du 18 janvier 1814 ([1]), se fondant, soit sur ce que les syndics tenaient leur mandat de la justice et non des parties elles-mêmes, soit sur ce qu'ils devaient l'accomplir en commun, avait décidé que ce mandat entraînait contre eux une responsabilité indivisible et solidaire. Mais le contraire avait été jugé par la cour royale de Lyon, le 30 août 1836 ([2]), par ce motif que les syndics étaient en réalité des mandataires constitués collectivement pour la même affaire, qui, aux termes du que commun, ne peuvent être réputés solidaires qu'autant droit l'obligation prendrait sa source dans une faute commune, et qui, à raison de cette communauté, les soumettrait à la solidarité résultant des quasi délits. La même divergence existait parmi les auteurs. Ainsi M. Pardessus se prononçait pour la solidarité ([3]), tandis que M. Duranton adoptait l'opinion contraire ([4]). Il semble donc que la loi nouvelle eût dû résoudre définitivement une question aussi importante, soit pour la masse, soit pour les syndics ; cependant elle n'en a rien fait : loin de là, elle est venue ajouter à la difficulté d'autres éléments de doute et de discussion. Le nouvel article 465 porte : « S'il a été nommé plusieurs syndics, ils ne pourront agir que collectivement ; néanmoins, le juge commissaire peut donner à un ou plusieurs d'entre eux des autorisations spéciales à l'effet de faire séparément certains actes d'administration. Dans ce dernier cas, les syndics autorisés sont seuls responsables. » Suivant M. Renouard ([5]) et M. Lainné ([6]), cet article résoudrait affirmativement la ques-

([1]) Dev. et Car., 4, 1, 515. Voy. aussi cass., 26 juillet 1836 (Dev., 37, 1, 994 ; Dall., 36, 1, 507).
([2]) Dall., 38, 2, 187.
([3]) N. 1167.
([4]) T. XI, n. 207.
([5]) *Des faillites*, t. I, p. 441, 2e édit.
([6]) Comm. de la loi de 1838, p. 109.

tion, antérieurement controversée, de savoir s'il y a solidarité entre les syndics pour les faits de leur gestion. Mais j'avoue que je ne puis rien y voir de semblable. De ce que les syndics doivent agir collectivement; de ce qu'ils sont tous responsables à moins qu'ils n'aient été autorisés à agir séparément, il n'en résulte pas que la responsabilité collective soit une responsabilité solidaire. La question reste donc dans les termes où elle était avant la loi nouvelle, et on peut même dire que cette loi, en ne consacrant pas d'une manière formelle le système de la solidarité, lorsqu'elle était provoquée à le faire, l'a par cela même condamné. Toutefois il y a des arrêts qui, même depuis la loi nouvelle, se sont prononcés dans le sens de la solidarité (1).

98. De même, lorsque plusieurs liquidateurs ont été nommés en matière de société, les associés dont ils sont les mandataires n'ont aucune action solidaire contre eux à raison de ce mandat: peu importe à cet égard que les liquidateurs soient eux-mêmes associés, puisque la solidarité, qui est particulière aux sociétés commerciales, n'est établie qu'au profit des tiers, et nullement au profit des associés entre eux (2).

99. Voilà pour ce qui concerne la solidarité des mandataires. Quant à la solidarité des mandants qui, comme nous venons de le voir, est admise par le droit civil, elle est également admise, et cela sans aucune difficulté, par le droit commercial.

Ainsi, lorsque plusieurs commettants ont constitué un commissionnaire pour une affaire commune, chacun d'eux est tenu solidairement envers lui des effets du mandat. Et

(1) Voy. Limoges, 2 sept. 1842; Dev., 43, 2, 68.
(2) Voy. *sup.*, n. 57.

lorsque plusieurs commettants chargent conjointement un commissionnaire de la même affaire, on doit présumer que cette affaire leur est commune, puisqu'en se réunissant pour faire choix d'un mandataire, ils agissent comme s'ils y avaient tous le même intérêt. Cette présomption, qui résulte de la manière dont le mandataire a été constitué, a autant de force en matière civile qu'en matière commerciale, bien que MM. Delamarre et Lepoitvin semblent la considérer comme particulière aux mandats commerciaux (¹).

100. Mais c'est une question que de savoir si les syndics d'une faillite ont une action solidaire contre les créanciers qui composent la masse, pour le remboursement de leurs avances ou de l'indemnité qui peut leur être allouée. On doit décider que leur action se divise contre les créanciers dans la proportion de la part de ceux-ci dans l'actif de la faillite. En effet, les syndics, n'étant pas constitués par les créanciers individuellement, ne sont pas des mandataires constitués par plusieurs personnes pour une affaire commune : ils sont les mandataires de la masse. Sans doute il existe entre les créanciers, dont la réunion forme la masse, une communauté d'intérêt; mais ces créanciers ne sont unis par aucun contrat qui puisse donner naissance à un lien solidaire, pareil à celui qui unit des associés. Le hasard et la nécessité qui réunissent les créanciers sous la personnification de la masse, ne peuvent avoir pour résultat de leur faire perdre leur individualité, à la différence de ce qui a lieu en matière de société, où le contrat volontaire qui réunit les associés implique de leur part un abandon partiel de leurs droits individuels, et un consentement à répondre les uns pour les autres de tout ce qui a rapport aux affaires sociales. En un mot, la société est une

(¹) *Du contrat de commission*, t. II, p. 612.

personne morale, indivisible, représentée totalement par chaque associé, tandis que la masse d'une faillite, qui se compose d'une réunion fortuite d'intérêts distincts, bien que constituant une personne morale, n'est pas représentée par chacun des créanciers qui ne représentent qu'eux-mêmes. L'action intentée contre la masse se divise donc entre les créanciers qui la composent [1].

101. Il en est de même et par la même raison de celle qui serait intentée contre les créanciers de la faillite par un mandataire, par exemple, par un avoué que les syndics auraient chargé de représenter la masse. Cet avoué ou ce mandataire n'aurait d'action solidaire contre les créanciers, qu'autant qu'il aurait agi en vertu d'une autorisation spéciale de leur part [2].

102. De la distinction que nous venons d'établir entre la réunion des créanciers qui compose une masse considérée comme personne morale, et la réunion d'associés qui constitue une personne morale nommée société, dont la première est divisible, tandis que l'indivisibilité est le caractère dominant de la seconde, il résulte qu'à la différence des syndics, les liquidateurs d'une société en dissolution ont une action solidaire contre les associés pour le remboursement des avances qu'ils ont faites à la société, et pour le payement de leurs honoraires. Tous les associés sont réputés mandants des liquidateurs, et répondent par conséquent solidairement des dettes que la société a pu contracter envers ses représentants.

103. Les règles qui précèdent sur la solidarité des mandants, s'appliquent-elles en matière de gestion d'affaire? A cet égard, on ne peut mieux dire que MM. Delamarre et Le-

---

[1] Cass., 23 mai 1837 (Dev., 37, 1, 839; Dall., 37, 2, 273). *Contrà*, M. Boulay-Paty, *Des faillites*, n. 351.

[2] Cass., 24 août 1843 (Dev., 43, 1, 737).

poitvin ([1]) : s'il s'agit d'un *negotiorum gestor* proprement dit, c'est-à-dire de celui qui a géré l'affaire de plusieurs, il a géré sans mandat et conséquemment sans convention : il ne peut donc prétendre à aucune solidarité conventionnelle, ni à aucune solidarité légale. S'il s'agit au contraire d'un *negotiorum susceptor*, c'est-à-dire de celui qui fait une même affaire pour plusieurs, par exemple qui sans mandat achète pour plusieurs une partie de marchandises, il ne peut y avoir question que si son achat est ratifié; car s'il ne l'est pas, il reste pour son compte. Mais s'il y a ratification, tous ceux qui ratifient ensemble sont solidaires, parce qu'ils donnent un mandat rétroactif pour une chose commune; ceux au contraire qui ratifient séparément et dans leur intérêt seul, ne donnant qu'un mandat individuel et pour une chose qu'ils n'acceptent pas comme commune, ne sont engagés que jusqu'à concurrence de la part et portion pour laquelle ils acceptent l'achat fait en leur nom.

104. Quelque ressemblance qu'il y ait à certains égards entre le dépôt et le mandat, les déposants ne sont pas soumis à la même solidarité que les mandants; il faudrait, pour qu'il en fût autrement, une disposition expresse qui ne se trouve pas dans le Code. A plus forte raison les dépositaires sont-ils affranchis de toute solidarité, sauf toutefois le cas où ils auraient commis un abus de confiance, en détournant ou en dissipant le dépôt. C'est alors le délit ou le quasi-délit dont ils se seraient rendus coupables qui les rendrait solidaires, et non les règles ordinaires sur la solidarité légale ou conventionnelle ([2]). Du reste, la solidarité conventionnelle peut avoir lieu en matière de dépôt, comme dans tous les autres

---

([1]) *Contrat de commission*, t. II, p. 612.
([2]) Voy. *sup.*, n. 5.

contrats qui ont pour objet une chose à faire ou à donner. Il a même été jugé que la solidarité peut être prononcée contre plusieurs parties condamnées à la restitution d'une somme déposée entre leurs mains, lorsque ces parties ont défendu en nom collectif, et se sont, dans le cours du procès, regardées comme obligées solidairement [1] : on a vu dans le mode de défense adopté par les dépositaires, l'aveu d'une stipulation antérieure sur la solidarité.

105. Entre époux, mariés sous le régime de la communauté, il y a solidarité pour toutes les dettes contractées par la femme, avec l'autorisation de son mari, et par conséquent pour toutes les dettes contractées à l'occasion de son commerce par la femme marchande publique [2]. Au contraire, la femme commune n'est tenue des dettes de la communauté, que jusqu'à concurrence de son émolument, à moins qu'elle ne se soit obligée personnellement [3].

106. Nous avons déjà vu que les locataires sont solidairement responsables de l'incendie qui se manifeste dans les bâtiments loués [4]; que ceux qui ont emprunté conjointement une chose à usage, en sont solidairement responsables envers le prêteur [5]. Ces deux cas de solidarité ne demandent aucune explication particulière.

107. Je termine par une observation relative aux dommages-intérêts. Quand les dommages-intérêts ont pour cause un fait constituant un délit ou un quasi-délit, la condamnation solidaire peut être prononcée, d'après les rai-

---

(1) Caen, 12 mars 1827 (Dev. et Car., 8, 2, 343 ; Dall., 28, 2, 69).
(2) C. civ., 220, 1419, 1426. Voy. *sup.*, t. III, n. 184.
(3) C. civ., 1487. Voy. *sup.*, t. III, n. 331.
(4) C. civ., 1734.
(5) C. civ., 1887.

sons qui ont déjà été expliquées [1]. Si, au contraire, les dommages-intérêts n'ont d'autre cause que le retard dans l'exécution d'une obligation, la solidarité ne doit être prononcée que dans le cas où l'obligation principale serait solidaire : l'inexécution d'une obligation divisible ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts également divisibles comme l'obligation dont ils sont l'accessoire, ou de l'exécution de laquelle ils tiennent lieu.

—

Article II. — Des effets de la solidarité entre les débiteurs.

Sommaire. — 108. Le créancier d'une obligation solidaire peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il lui convient de choisir, sans que celui-ci puisse demander ni discussion ni division. — 109. Le créancier peut avoir le droit de poursuivre les uns, avant d'avoir le droit de poursuivre les autres. — 110. Effets de la faillite de l'un des codébiteurs ou coobligés, quant à la déchéance du terme. — 111. Chaque débiteur a le droit de payer la totalité, sans que le créancier soit fondé à demander la division. — 112. Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres. — 113. Effets de la faillite de l'un ou de plusieurs des codébiteurs sur la faculté du créancier de les poursuivre tous ou séparément. — 114. *Quid,* si un seul des codébiteurs est en faillite? — 115. *Quid,* si tous les codébiteurs solidaires sont en faillite? systèmes divers. — 116. *Quid,* si deux ou plusieurs seulement sont en état de faillite? — 117. Du cas où le créancier a reçu un à-compte avant la faillite. — 118. De la perte de la chose solidairement due. — 119. Les poursuites faites contre l'un des codébiteurs interrompent la prescription contre les autres. — 120. La renonciation de l'un des codébiteurs à la prescription acquise ne peut être opposée aux autres. — 121. Actes interruptifs de la prescription. — 122. La suspension de la prescription à l'égard de l'un des codébiteurs, n'a pas d'effet à l'égard des autres. — 123. L'acte qui interrompt la péremption d'un jugement à l'égard de l'un des débiteurs, l'interrompt-il à l'égard des autres? — 124. *Quid,* de l'acquiescement et de la chose jugée. — 125. Application des règles sur la prescription, la péremption, l'acquiescement et la chose jugée, aux obligations transmissibles par voie d'ordre. Distinctions. — 126. La demande d'intérêts contre l'un des débiteurs les fait courir à l'égard de tous. — 127. Des exceptions qui peuvent être opposées par les codébiteurs solidaires à la demande du créancier. —

[1] Voy. *sup.*, n. 3.

128. Exceptions résultant de la nature de l'obligation. — 129. Exceptions communes. — 130. Exceptions personnelles. — 131. Défaut de cause. — 132. Violence, dol, erreur. — 133. Compensation. — 134. Confusion. — 135. Novation. — 136. Remise de la dette. — 137. Concordat. — 138. *Quid*, en matière d'obligations à ordre ? — 139. Remise de la solidarité ; comment elle a lieu ; ses effets. — 140. Remise de la solidarité pour intérêts ou arrérages. — 141. Droits des débiteurs solidaires les uns contre les autres. — 142. L'obligation solidaire envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs. Recours de celui qui a payé contre ses codébiteurs. — 143. ... Dans le cas de payement d'un des termes d'une dette qui se divise en plusieurs termes. — 144.... Dans le cas de payement partiel. — 145. Le codébiteur qui a payé a droit au remboursement, non-seulement du capital, mais encore des intérêts. — 146. Le débiteur, à qui a été faite une remise, a-t-il un recours contre ses codébiteurs. — 147. Effets de l'insolvabilité de l'un des codébiteurs, dans le cas de remise de la solidarité. — 148. Modifications apportées aux règles qui précèdent, en matière d'obligations à ordre. — 149. ... En cas de remise de la dette. — 150... En cas de renonciation à la solidarité. — 151. Interdiction du recours des coobligés les uns contre les autres en cas de faillite. — 152. Recours des coobligés faillis qui ont payé contre ceux qui n'ont pas payé. Distinctions. — 153. Du recours quand la réunion des dividendes des faillites donne de l'excédant. — 154. Partage de cet excédant. — 155. ... En matière d'obligations à ordre. Distinctions. — 156. Transition au chapitre suivant.

108. L'effet le plus remarquable de la solidarité est le droit qu'elle confère au créancier d'une obligation contractée solidairement, de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division ([1]), c'est-à-dire sans que le débiteur contre lequel la demande est formée puisse demander que la condamnation à laquelle il est exposé soit restreinte à sa part dans la dette commune, et que le créancier soit obligé de se pourvoir pour le surplus contre les codébiteurs. En droit romain, la novelle 99 accordait le bénéfice de division aux codébiteurs qui s'étaient rendus cautions l'un de l'autre, *alternâ fidejussione obligatis;* mais ce bénéfice ne leur a jamais été accordé par le droit français ([2]). Et même dans les contrées régies par le droit romain pur, le bénéfice de division n'a-

([1]) C. civ., 1203.
([2]) Pothier, *Des oblig.*, n. 270.

vait pas lieu entre commerçants obligés solidairement : à leur égard, la novelle n'était pas suivie en ce point ([1]).

109. Il peut même arriver que le créancier ait le droit de poursuivre les uns avant de pouvoir s'adresser aux autres : c'est ce qui a lieu lorsque des codébiteurs jouissent du bénéfice d'un terme, tandis que les autres en sont privés. Dans ce cas, l'action peut être intentée contre le débiteur à l'égard duquel la créance est échue, sans que celui-ci puisse se prévaloir du terme établi en faveur de ses codébiteurs.

110. Cela a lieu notamment lorsque la faillite de l'un des débiteurs le fait déchoir du bénéfice du terme ([2]). La dette solidaire devient exigible à l'égard du failli seulement, et les autres ne sont pas privés du bénéfice du terme conventionnel. Cependant, en cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change ou du tireur à défaut d'acceptation, les autres coobligés sont tenus de donner caution pour le payement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement. Telle est la disposition de l'article 444 du Code de commerce, modifié par la loi du 8 juin 1838. L'ancien article 448 du Code de commerce était sur ce point beaucoup plus rigoureux : la faillite d'un simple endosseur suffisait pour rendre l'effet exigible et la caution nécessaire; et cette caution était due, sans distinction, par les endosseurs antérieurs ou posterieurs au failli ([3]).

111. Au surplus, de même que le créancier a le droit de s'adresser à celui des débiteurs solidaires qu'il lui convient de choisir, sans que celui-ci puisse opposer le bénéfice de

---

([1]) Vinnius, *Inst. de fidejussoribus*, § 4, Ansaldus, disc. gén., n. 86; Casaregis, disc. 68, n. 14.

([2]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 432.

([3]) Nimes, 31 janv. 1825 (Dev. et Car., 8, 2, 18; Dall., 25, 2, 168).

division, de même aussi, chaque débiteur a le droit de payer la totalité de la dette, sans que le créancier puisse exiger la division. Par l'effet de la solidarité, chaque débiteur doit la totalité de la dette et n'est libéré que lorsqu'elle a été intégralement payée ([1]). Chaque débiteur est donc en droit de la payer intégralement pour pouvoir se libérer ([2]).

112. Nous avons vu plus haut, en traitant de la solidarité entre les créanciers, que le débiteur avait le choix de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires tant qu'il n'avait pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux ([3]); et nous avons expliqué comment c'était là une fâcheuse réminiscence de la jurisprudence romaine et des effets particuliers qu'elle attachait à la *litis-contestatio* et à la novation qui en était la conséquence. La *litis-contestatio* avait un résultat analogue relativement aux débiteurs solidaires : elle opérait une novation par l'effet de laquelle l'obligation solidaire était dissoute et disparaissait pour faire place à une nouvelle obligation qui ne liait que le débiteur poursuivi ([4]). Ce système, qui avait été changé par la loi 28 au Code *De fidejussoribus*, a été également abandonné avec raison par l'article 1204 du Code civil, aux termes duquel les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres. Nul n'est censé renoncer à son droit, et le choix fait d'un débiteur pour le poursuivre de préférence à ses coobligés, n'implique pas l'abandon du droit d'exercer des poursuites contre les autres, soit pour le tout si les premières poursuites ont été infructueuses,

---

([1]) C. civ., 1211 et 1212.

([2]) M. Zachariæ, t. II, p. 267; cass., 15 mars 1827 (Dev. et Car., 8, 1, 550).

([3]) Voy. *sup.*, n. 20; c. civ., art. 1198.

([4]) Gaius, *comm.*, 3; *Inst.*, liv. III, tit. 26.

soit pour le reliquat si le créancier n'a obtenu qu'une partie de la dette, du débiteur auquel il s'est d'abord adressé.

113. Le droit du créancier de poursuivre successivement plusieurs codébiteurs solidaires n'est même pas modifié par la faillite de ces codébiteurs ou de l'un d'eux. Toutefois, il y a, à cet égard, des règles diverses selon que tous les codébiteurs sont en faillite, ou que l'un d'eux seulement se trouve dans cet état exceptionnel.

114. Lorsque l'un des codébiteurs est en faillite, le créancier qui a figuré dans la masse, et qui, par l'effet du concordat, a vu sa créance réduite de tant pour cent, n'en conserve pas moins son action pour la totalité de sa créance contre les coobligés du failli (¹) : c'est-à-dire que la réduction ne profite qu'au failli ; que ses codébiteurs ne peuvent l'opposer au créancier, et qu'ils continuent d'être obligés jusqu'à concurrence de la valeur nominale du titre, sous la déduction toutefois des dividendes que le créancier aurait reçus du débiteur failli. La raison de cette règle est que la division de la dette par l'effet du concordat étant forcée, les codébiteurs du failli ne peuvent s'en prévaloir comme ils pourraient se prévaloir d'une division volontaire qui, ainsi que nous le verrons bientôt, ne laisserait subsister contre eux d'action solidaire, que sous la déduction de la part du débiteur que le créancier aurait déchargé de la solidarité (²).

Par la même raison, les codébiteurs du failli qui aurait payé la totalité des dividendes stipulés par le concordat et en représentation de la créance réduite, et qui se serait ainsi complètement libéré (³), ne seraient pas fondés à se préva-

(¹) C. com., art. 534.
(²) Voy. *inf.*, n. 139 ; cod. civ., art. 1210.
(³) Voy. *inf.* 157.

loir de cette libération pour soutenir que la créance est éteinte et que le créancier n'a plus aucune action contre eux. La libération ne résulte du concordat que relativement au failli : c'est une sorte de fiction qui ne peut être étendue au-delà de ses termes, et dont ne peuvent dès-lors profiter les codébiteurs du failli qui, régis par la loi commune, continuent à être obligés solidairement au payement de la créance totale, sous la simple déduction des dividendes payés par le failli, dividendes qui, relativement à eux, ne sont que des à-comptes.

115. Il y a plus : lorsque tous les codébiteurs solidaires sont en état de faillite, il n'y a même pas lieu de faire dans une faillite la déduction des dividendes payés dans l'autre. Aux termes de l'art. 542 du Code de commerce, le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite a le droit de participer aux distributions dans toutes les masses et d'y figurer pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement. Ainsi celui qui a trois débiteurs solidaires en état de faillite, et qui a reçu dans la faillite du premier 50 p. 100 du montant total de sa créance, peut figurer dans la masse de la faillite du second pour la totalité de cette même créance, bien que déjà elle ait été à moitié éteinte, et y recevoir un dividende calculé sur ce total. Si ce dividende complète le payement, par exemple, s'il est encore de 50 p. 100, le créancier n'a plus rien à demander à personne ; s'il dépasse le chiffre de la dette, par exemple, s'il est de 75 pour 100, le créancier n'a droit qu'à 50 ; mais s'il laisse le créancier à découvert, par exemple, s'il n'est que de 30 p. 100, le créancier a encore le droit de se présenter dans la faillite du troisième débiteur, et d'y obtenir les 20 p. 100 qui lui manquent.

Cette disposition, bien que conforme aux principes et aux règles de la solidarité et que justifient d'ailleurs les nécessités du crédit commercial, n'a cependant pas été admise sans difficulté dans notre droit.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, qui n'avait pas prévu la question, les opinions étaient partagées.

Savary s'était demandé si, en cas de banqueroute ou de faillite de tous les obligés à une lettre de change, le porteur pouvait entrer dans tous les concordats que chaque coobligé fait avec ses créanciers, ou s'il ne devait entrer que dans le concordat d'un seul, soit du tireur, soit de l'accepteur, soit de celui qui avait passé l'ordre à son profit. Et il décidait qu'il n'avait d'autre droit que de choisir, entre les trois codébiteurs, celui auquel il préférait s'adresser : cette option, suivant Savary, épuisait le droit du créancier, parce qu'en figurant dans le concordat de l'un des coobligés, il le reconnaissait pour son seul et unique débiteur (¹). Tel était selon lui l'usage du commerce, usage qui d'ailleurs ne s'était pas établi sans réclamation, et duquel Savary ne donne pas, il me semble, la véritable raison en disant que l'option du créancier épuise son droit, car il est au contraire de l'essence des obligations solidaires que le droit du créancier ne s'épuise pas par les poursuites qu'il dirige contre l'un des coobligés; et l'on ne voit pas pourquoi la faillite des divers coobligés modifierait ce droit dans son essence. La raison juridique de cet usage, c'est que, d'après les principes reçus en matière de faillite, le tant pour cent auquel un concordat réduit une créance, représente la totalité de la créance, de telle sorte que le créancier qui le reçoit, étant réputé complètement payé, semble n'avoir plus rien à demander aux

(¹) Parère 15.

autres codébiteurs. La question était donc de savoir si la fiction légale qui attribue au concordat un effet libératoire devait l'emporter sur la réalité, et si on devait limiter les effets du concordat à ce qui se passe entre le créancier et le débiteur failli, en laissant les rapports du créancier avec les autres codébiteurs sous l'empire du droit commun.

C'est en ce dernier sens que s'était prononcé Dupuys de la Serra [1]; selon lui, en cas de faillite de tous les coobligés à une lettre de change, le porteur, qui avait une action solidaire contre tous, avait le droit de se présenter dans toutes les masses, sans pouvoir être obligé d'opter entre les divers coobligés faillis; mais il voulait que le porteur qui était entré dans le concordat de l'une des faillites ne pût figurer dans les autres faillites que successivement pour ce qui lui restait dû; de telle sorte que celui qui avait reçu 25 p. 100 dans une faillite ne pouvait figurer dans une autre que comme créancier de 75, et ainsi de suite.

Ce système, qui fut embrassé par Boutaric [2], par Jousse [3], par Pothier [4], et consacré, en partie du moins, par un arrêt du parlement de Paris du 18 mai 1706, faisait prévaloir en principe les règles de la solidarité; mais il en restreignait l'application en ne permettant au porteur de se présenter dans plusieurs faillites successives que sous la déduction de ce qu'il avait reçu dans une faillite antérieure. Or, cette restriction, qui avait en sa faveur une apparence d'équité, allait précisément contre le but que l'on se proposait en admettant le failli dans toutes les masses, qui était de lui assurer tous les avantages de la solidarité, et un paiement aussi complet

---

(1) *Art des lettres de change*, ch. 16.
(2) Sur l'art. 12, tit. 5 de l'ord. de 1673.
(3) Sur l'art. 33, *ibid*.
(4) *Du contrat de change*, n. 159.

que possible. Il en résultait, en effet, que le créancier, dont les débiteurs solidaires étaient en faillite, avait toujours en définitive une perte à supporter, puisque ne pouvant se présenter dans une faillite que sous la déduction des dividendes qu'il avait reçus dans les autres, la dernière faillite lui payait, non le reliquat de sa créance, mais seulement un dividende de ce reliquat. Cette restriction était d'ailleurs en opposition avec les principes de la solidarité, qui veulent que le créancier ne puisse être contraint de diviser la dette entre les codébiteurs, et qu'il ait au contraire le droit de demander à tous la totalité. Qu'après une division volontaire, le créancier ne puisse agir contre les autres débiteurs que sous la déduction de ce qu'il a reçu, on le comprend ; mais la division forcée qui résulte d'un concordat ne peut être opposée au créancier qui agit contre plusieurs débiteurs faillis, parce que tous les faillis étant débiteurs de la totalité, c'est la totalité de la dette, et non la dette réduite qui doit figurer à leur passif et dans leur concordat.

Aussi le commerce, préoccupé des nécessités du crédit et des dangers auxquels l'exposait un système qui limitait le recours du porteur contre ses débiteurs faillis, réclama-t-il vivement contre l'usage qui s'était introduit à la suite de la doctrine et de la jurisprudence. La question fut donc de nouveau vivement agitée entre des commerçants et des jurisconsultes; et de cette discussion, dont on retrouve les traces dans le recueil de Nicodème ([1]), il résulta que la faillite des divers coobligés ne pouvait paralyser les effets de la solidarité, et que le porteur d'une lettre de change, dont les divers signataires étaient en état de faillite, avait le droit de figurer successivement dans toutes les masses, sans déduction des

([1]) *Exercices des commerçants*, parère 6, p. 358 et suiv.

dividendes qu'il avait perçus, et jusqu'à parfait payement.

Entraîné par ce revirement dans la pratique, le parlement de Paris revint sur son ancienne jurisprudence, et par arrêt du 18 juin 1776, il décida que le porteur d'engagements solidaires avait le droit de figurer dans toutes les faillites des coobligés pour la valeur intégrale de son titre jusqu'à parfait payement.

Par une coïncidence singulière, le parlement d'Aix rendait le même jour, 18 juin 1776, sur la plaidoirie d'Emérigon, qui nous en a conservé le souvenir ([1]), un arrêt en sens contraire, jugeant que le porteur qui était entré dans le concordat de l'un des coobligés ne pouvait entrer dans les autres que successivement et pour ce qui lui restait dû. Mais sur le pourvoi du porteur, cet arrêt fut cassé par un arrêt du conseil du 24 février 1778, qui fut lui-même confirmé par un second arrêt du 23 octobre 1781, portant rejet de la requête en oppposition dirigée contre le premier.

C'est cette jurisprudence qui a été sagement maintenue par le Code de commerce.

116. Remarquons que si deux ou plusieurs seulement des coobligés sont en faillite, tandis que les autres jouissent de l'intégralité de leurs droits, la position des coobligés faillis à l'égard des créanciers se règle comme si tous étaient en faillite, et la position de ceux qui sont *integri statûs*, comme si l'un des coobligés seulement était en état de faillite ([2]).

117. Du reste, si le créancier porteur d'engagements solidaires entre le failli et d'autres coobligés a reçu avant la faillite un à-compte sur sa créance, il n'est compris dans la masse que sous la déduction de cet à-compte, et conserve pour ce qui lui restera dû ses droits contre le coobligé ou la

---

([1]) *Des Contrats à la grosse*, ch. 10, sect. 5.
([2]) Voy. *sup.*, n. 114.

caution solidaire (¹), conformément à ce que nous avons déjà expliqué (²).

118. La faillite des codébiteurs met en péril les droits des créanciers, quelle que soit la chose due. Ces droits peuvent encore être compromis par la perte de la chose, quand la chose due est un corps certain. Dans ce cas, si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres débiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose : la solidarité les rend en quelque sorte responsables de leurs codébiteurs. Mais ceux qui n'ont commis aucune faute ne sont point tenus des dommages intérêts. Le créancier ne peut que les répéter tant contre les débiteurs, par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure (³). En effet, si la faute d'un coobligé ne peut éteindre les obligations des autres, elle ne peut ni les éteindre ni les augmenter.

119. Revenons à l'examen des conséquences du droit qui appartient au créancier d'exercer des poursuites contre tous et chacun des codébiteurs solidaires.

Nous avons vu que les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en pouvoir exercer de pareilles contre les autres (⁴). Il y a plus : les poursuites exercées contre l'un des débiteurs peuvent être en certains cas la condition des poursuites qui seraient ultérieurement dirigées contre les autres : c'est ainsi que les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la pres-

(¹) C. com., art. 544.
(²) Voy. *sup.*, n. 114 et 115.
(³) C. civ., 1205.
(⁴) Voy. *sup.*, n. 108.

cription à l'égard de tous ([1]); et que la demande d'intérêts formée contre l'un d'eux fait également courir les intérêts à l'égard des autres ([2]).

La raison de cette disposition est, en ce qui touche l'interruption de la prescription dans la nature et dans l'unité de l'obligation solidaire ([3]) et dans le mandat, que les coobligés sont présumés s'être respectivement donné, ce qui fait que les actes d'exécution sont réputés dirigés contre tous, bien qu'ils ne soient nommément dirigés que contre un seul ([4]).

120. Il suit de là, par contre, que lorsque la dette solidaire est éteinte contre tous les débiteurs par la prescription qui s'est accomplie à leur profit, l'acte par lequel l'un d'eux renoncerait à la prescription acquise, ne pourrait être opposé à ses codébiteurs auxquels il n'est plus uni par un lien solidaire que l'acquisition de la prescription a rompu ([5]).

121. Du reste, il est à remarquer que la prescription est interrompue contre tous, non-seulement par des poursuites proprement dites dirigées contre un des débiteurs, mais encore, aux termes de l'article 2279 du Code civil, par tous les actes qui ont pour effet d'interrompre la prescription, c'est-à-dire par les actes qui constituent, soit une interpellation adressée à l'un des débiteurs, soit une reconnaissance de sa part.

122. Mais il faut remarquer aussi qu'il n'en est pas de la

([1]) C. civ., 1206.

([2]) C. civ., 1207.

([3]) *Sunt enim duo correi unâ obligatione constricti*. (D'Argentrée sur Bretagne, art. 266, n. 3.)

([4]) Pothier, *Des oblig.*, n. 272; M. Toullier, t. VI, n. 729; M. Duranton, t. XI, n. 216.

([5]) Dunod., *Des prescriptions*, p. 110.

suspension de la prescription, comme de son interruption ([1]). La suspension de la prescription étant le résultat d'une circonstance personnelle au débiteur relativement auquel elle a lieu, le créancier ne peut s'en prévaloir contre les autres. Ici s'applique ce que nous avons déjà dit de la suspension qui a lieu au profit de l'un des créanciers solidaires ([2]).

123. On s'est demandé dans une matière fort analogue à la prescription si, lorsqu'un jugement par défaut a été rendu contre plusieurs codébiteurs solidaires, l'exécution, dans les six mois du jugement à l'égard de l'un d'eux, empêche la péremption à l'égard des autres ([3]). La réponse à cette question a divisé les auteurs et la jurisprudence. Les uns, assimilant complètement la péremption d'un jugement par défaut à la prescription, veulent que l'exécution du jugement contre l'un des débiteurs condamnés solidairement empêche la péremption à l'égard de tous; les autres ne voient dans cette exécution qu'un moyen de conservation des droits du créancier contre celui des débiteurs auquel s'adressent personnellement les actes d'exécution, parce que, disent-ils, ces actes d'exécution, en sauvant le jugement de la péremption, ont pour objet de donner un titre au créancier, et que ce titre ne peut être opposé qu'aux parties, à l'égard desquelles ont été accomplies les conditions auxquelles l'existence de ce titre est attachée ([4]). Ces deux opinions contraires me paraissent beaucoup trop absolues dans leur généralité. Je crois que la question ne peut se résoudre d'une manière satisfaisante, et qui mette d'accord les principes des deux solutions

([1]) Cass., 23 fév. 1832 (Dev., 32, 1, 537).
([2]) Voy. *sup.*, n. 30.
([3]) C. proc., art. 156.
([4]) Voy. le résumé de doctrine et de jurisprudence qui se trouve dans le recueil de M. Devilleneuve, 40, 1, 491 et 41, 1, 417.

contraires qu'à l'aide d'une distinction indiquée par des auteurs, mais dont ils n'ont pas tiré toutes les conséquences qu'elle comporte.

Il faut distinguer entre le cas où la solidarité des parties condamnées par défaut résulte d'une convention ou d'un titre antérieur au jugement, et celui où le principe de la solidarité réside dans le jugement même. Dans le premier cas, l'exécution du jugement par défaut contre l'une des parties en empêche la péremption à l'égard des autres, parce que la solidarité existant entre elles toutes avant le jugement, et indépendamment de la condamnation qu'il prononce, n'est pas en question, et qu'elle doit dès-lors produire tous les effets qui sont dans sa nature. Or, comme la péremption n'est autre chose qu'une sorte de prescription, son interruption à l'égard de l'un des codébiteurs réagit nécessairement contre les autres codébiteurs solidaires.

Mais dans le second cas, c'est-à-dire quand le principe de la solidarité se trouve dans le jugement même qui prononce une condamnation solidaire, il est évident que le jugement par défaut n'étant un titre contre les parties qui n'y ont été représentées que sous la condition qu'il sera exécuté dans les six mois, le titre s'évanouit si cette condition n'est pas remplie, et que par conséquent le jugement ne devient un titre, ou en d'autres termes, n'établit la solidarité que contre les parties à l'égard desquelles la condition est remplie. S'il en était autrement, il en résulterait que la solidarité produirait ses effets avant que le jugement qui la prononce fût opposable aux parties qu'il condamne : elle serait à la fois la cause et l'effet.

124. C'est par la même distinction que doivent se résoudre les questions de savoir, soit si l'acquiescement de l'une des parties à un jugement peut être opposé aux autres, soit si la chose jugée contre l'une est réputée jugée contre les autres.

125. On s'est encore demandé si la règle qui étend à tous les débiteurs solidaires, soit les effets de l'acte interruptif de la prescription ou de la péremption, soit les effets de l'acquiescement et ceux de la chose jugée, reçoit application quand la solidarité résulte d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou de toute autre obligation transmissible par voie d'ordre.

Il faut tout d'abord remarquer que s'il s'agit de la solidarité de ceux qui ont conjointement souscrit ou conjointement endossé une lettre de change ou un billet à ordre, cette solidarité, qui est la solidarité ordinaire et proprement dite [1], entraîne contre les coobligés toutes les conséquences qui sont dans la nature des obligations solidaires : cela ne peut pas faire question.

Si au contraire il s'agit de la solidarité qui existe entre le souscripteur, le tireur et les endosseurs successifs, la question, quoique facile à résoudre, selon moi, a cependant fait difficulté.

Elle s'est présentée pour la première fois, si je ne me trompe, devant la Cour royale de Toulouse, le 23 février 1827 [2], et elle y fut négativement résolue. Dans l'espèce de cet arrêt, le porteur de la lettre de change avait dirigé des poursuites et obtenu un jugement contre A..., l'un des coobligés, dans le délai de cinq ans auquel l'article 189 du Code de commerce limite la durée des actions relatives aux lettres de change et aux billets à ordre; puis ensuite, après l'expiration de ce délai de cinq ans, il avait dirigé de nouvelles poursuites contre O..., autre coobligé qui était resté étranger au jugement obtenu contre A....—O... ayant opposé la prescription de cinq ans, le porteur répliqua que les pour-

(1) Voy. *sup.*, n. 86.
(2) Dev. et Car., 8, 2, 358.

suites dirigées contre A... avaient interrompu la prescription contre O.., son coobligé solidaire, conformément à l'art. 1206 du Code civil. Mais la Cour royale de Toulouse admit l'exception de prescription : « Attendu que l'article 1206 du Code civil invoqué par le porteur ne peut lui être d'aucune utilité, parce que la prescription dont il y est question, et que des poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent à l'égard de tous, doit s'entendre de celle qui convient à la nature de l'obligation commune qui lie les débiteurs, et que, dans l'espèce, il y a eu novation du titre primitif du porteur à l'égard de A..., par l'effet du jugement de condamnation rendu contre ce dernier, tandis qu'il n'y en a pas eu à l'égard de O..., celui-ci n'étant sujet qu'à l'action résultant de la lettre de change qu'il a endossée, et qui est sujette à la prescription de cinq ans, et qu'ainsi il n'existe plus ni lieu commun, ni solidarité entre A... et O... »

Presqu'aussitôt que rendu, cet arrêt fut critiqué par un homme fort expert en matière commerciale, par M. Horson [1]. Ce jurisconsulte déclare d'abord ne pas saisir le sens de cette phrase, par laquelle la Cour royale entendait repousser l'application de l'art. 1206 du Code civil : « La prescrip- « tion dont il est question en cet article doit s'entendre de « celle qui convient à la nature de l'obligation commune qui « lie les débiteurs. » Puis il ajoute que tous les obligés à un effet de commerce sont solidaires; que leur obligation se prescrit par cinq ans; que toute prescription étant basée sur une présomption de payement, le législateur a pensé que la manifestation de la part du créancier de l'intention de se faire payer par l'un des débiteurs, détruisait cette présomption à l'égard de tous; qu'aux termes de l'art. 2244 une citation en justice

[1] *Questions*, t. II. p. 197.

suffisait pour interrompre la prescription; qu'à plus forte raison cette prescription était-elle interrompue par un jugement, et que tout ce qui résultait de l'obtention de ce jugement, c'est que son exécution pouvait être poursuivie pendant trente ans contre le débiteur condamné, mais que cela n'empêchait pas que la prescription de cinq ans n'eût été interrompue à l'égard de ses codébiteurs, et qu'elle ne prît son point de départ, non au jour de l'échéance de l'effet, mais au jour du dernier acte de poursuite fait contre le débiteur condamné. D'où M. Horson concluait que la Cour royale de Toulouse avait violé l'article 1206 du Code civil.

Le sentiment de M. Horson a été partagé par M. Eugène Persil ([1]), qui ne comprend pas non plus le premier motif donné par la Cour de Toulouse pour repousser l'application de l'article 1206, et qui voit dans cet article un principe général qu'il faut appliquer à toutes les prescriptions, à moins qu'il n'y soit fait expressément exception.

M. Vazeille ([2]) est, à ma connaissance, le seul auteur qui ait défendu le système de la Cour royale de Toulouse. Mais, à mon tour, j'ai le regret d'être obligé d'avouer que je ne comprends pas les raisons de ce jurisconsulte. Il s'attache, autant que je puis croire, au motif par lequel la Cour de Toulouse voit dans le jugement obtenu contre un des débiteurs de l'effet, un titre nouveau opérant une novation qui ne peut être opposée aux autres débiteurs, pour en conclure sans doute que ces débiteurs, qui ne sont liés que par l'engagement primitif, ne peuvent être poursuivis que dans les délais qui ont commencé à courir à partir de l'échéance de cet engagement.

([1]) *De la lettre de change*, p. 497.
([2]) *De la prescription*, t. II, p. 629.

Hâtons-nous de dire que le motif puisé dans la novation qui se serait opérée par l'effet du jugement de condamnation à l'égard de l'un des débiteurs d'une lettre de change, est tout à fait inconcluant. De ce que le jugement peut être exécuté pendant trente ans contre le débiteur condamné, il n'est pas permis de conclure que ce jugement ne saurait être interruptif de la prescription de cinq ans à l'égard des autres codébiteurs. Tout ce qu'on peut induire de là, c'est que la prescription est de trente ans pour le condamné, tandis qu'elle continue pour les autres débiteurs d'être de cinq ans, à partir du jugement ou du dernier acte de poursuite, double résultat qui n'offre rien d'inconciliable. Autrement il faudrait admettre qu'un jugement n'aurait pas le même effet interruptif qu'une simple citation en justice, et accorder à la cause d'autant plus d'effet qu'elle a moins de puissance. Écartons donc ce motif, particulier d'ailleurs à l'affaire soumise à la Cour royale de Toulouse, pour envisager la question d'un point de vue plus général.

C'est, du reste, à ce point de vue que paraît s'être placée la Cour royale de Toulouse lorsqu'elle considère « que l'article 1206 du Code civil, invoqué par le porteur, ne peut lui être d'aucune utilité, parce que la prescription dont il y est question, et que des poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent à l'égard de tous, doit s'entendre de celle qui convient à la nature de l'obligation commune qui lie les débiteurs. » Quelle que soit l'obscurité de ce motif, je crois qu'il recèle la véritable raison de décider.

En effet, nous avons déjà vu [1] que la solidarité des divers signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre n'est pas la solidarité ordinaire, en ce sens qu'ils ne sont

---

[1] Voy. *sup.*, n. 86.

pas tous codébiteurs d'une obligation commune, mais seulement garants ou cautions solidaires et successifs de leur obligation réciproque; en d'autres termes, que la lettre de change constitue, relativement à chacun des signataires, une obligation distincte et personnelle. Cela est si vrai, qu'ils ne peuvent se libérer à l'égard les uns des autres qu'en payant la totalité de la créance, et non pas seulement la part qui leur incomberait s'il s'agissait d'une créance commune; et que si le créancier a le choix entre tous les coobligés, et peut poursuivre chacun d'eux, ce n'est pas précisément pour ce que chacun d'eux doit communément avec d'autres, mais pour ce que chacun d'eux doit seul et personnellement, sauf à exercer à son tour et pour le tout des poursuites semblables contre celui de ses coobligés qu'il lui plaira choisir.

De cette différence essentielle entre la solidarité des codébiteurs d'une obligation commune et la solidarité des coobligés au payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, il résulte que l'article 1206 du Code civil ne peut être opposé à ces coobligés. Lorsque cet article dispose que les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous, il suppose évidemment qu'il s'agit de la solidarité des codébiteurs d'une obligation commune; c'est parce que l'obligation est commune et que la même chose est due par tous, que la demande formée contre l'un réagit contre les autres; c'est parce que l'obligation est commune que tous sont réputés mandataires les uns des autres, et que les poursuites faites contre l'un des mandataires opèrent contre tous les mandants.

Mais ces raisons juridiques ne se rencontrent plus lorsque les coobligés, au lieu d'être codébiteurs d'une créance commune, sont tous débiteurs d'une dette distincte et per-

sonnelle, et en même temps garants ou cautions solidaires de la dette personnelle de leurs coobligés. Le créancier ou le porteur qui agit contre l'un d'eux n'est pas réputé agir contre les autres, puisque le coobligé qui est poursuivi pour ce qu'il doit n'est pas poursuivi pour ce que doivent les autres; qu'il ne saurait dès-lors être réputé leur mandataire, et que conséquemment il ne les représente pas. La Cour royale de Toulouse avait donc raison de dire que la prescription dont parle l'article 1206, doit s'entendre de celle qui convient à la nature de l'obligation *commune* qui lie les débiteurs; et il faut décider avec cet arrêt que les poursuites dirigées contre l'un des débiteurs d'une lettre de change ou de tout autre obligation transmissible par voie d'ordre, n'interrompent pas la prescription à l'égard des autres débiteurs. Cette solution se trouve confirmée par l'article 2021 du Code civil, aux termes duquel l'engagement de la caution qui s'est obligée solidairement *avec le débiteur*, se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires : d'où il faut conclure *à contrario* que l'engagement de la caution qui ne s'est pas obligée avec le débiteur, mais qui est obligée de son chef et qui n'est caution qu'accessoirement à son obligation personnelle, ne se règle pas par les mêmes principes. Or, telle est précisément la position de ceux qui sont tenus à la garantie solidaire d'une obligation transmissible par voie d'ordre (¹).

126. Nous avons vu plus haut que la demande d'intérêts contre l'un des codébiteurs fait courir les intérêts à l'égard de tous (²). C'est encore là une conséquence de l'unité de la dette et du principe que les codébiteurs solidaires sont con-

---

(¹) M. Toullier, t. VI, n. 705.
(²) C. civ., 1207. — Voy. *sup.*, n. 119.

sidérés comme mandataires les uns des autres. On peut donc appliquer aux intérêts les développements qui précèdent sur la prescription.

127. Le droit du créancier d'une obligation contractée solidairement de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, suppose qu'aucune circonstance ne le lui a fait perdre. Ce droit peut se perdre soit par l'effet d'une circonstance personnelle au créancier qui aurait consenti à diviser son action, ou à faire remise de la dette à l'un ou à plusieurs des débiteurs; soit par une circonstance indépendante de sa volonté, comme la compensation ou la confusion, etc. Il est évident qu'il n'y a plus de solidarité vis-à-vis du débiteur dont l'obligation est modifiée ou éteinte sous l'influence d'une de ces causes. Mais c'est une question beaucoup plus compliquée que celle de savoir si les autres codébiteurs peuvent, pour se soustraire à la solidarité, se prévaloir des causes qui l'ont fait cesser relativement à un ou plusieurs de leurs coobligés.

Le principe de la solution se trouve dans une distinction indiquée par l'article 1208 du Code civil. Aux termes de cet article, le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs; mais il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs. La difficulté consiste donc à savoir qu'elles sont les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation; qu'elles sont celles qui sont personnelles au codébiteur poursuivi, ou communes à tous les codébiteurs; enfin qu'elles sont celles qui doivent être réputées personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs.

128. On entend par exceptions résultant de la nature de l'obligation, celles qui ont pour but d'en contester les effets solidaires, soit parce que la solidarité n'aurait pas été expressément convenue, soit parce qu'elle ne serait pas prononcée par la loi. Il est bien évident que ces exceptions appartiennent à tous les coobligés, ou du moins à tous ceux à l'égard desquels la solidarité n'aurait pas été stipulée.

129. On entend par exceptions communes, celles dont l'effet est indivisible, qui ont pour résultat, en attaquant l'obligation dans son essence, de profiter à toutes les parties, et qui se réfèrent à la généralité de l'obligation ou à l'engagement de tous les codébiteurs.

130. Par exceptions personnelles, au contraire, on entend celles qui proviennent d'une cause personnelle à l'un des codébiteurs et qui n'affectent que son engagement.

131. Ainsi on doit ranger parmi les exceptions communes, celles qui sont prises soit du défaut de cause dans l'obligation, soit de ce que la cause est illicite, soit de ce que le contrat a pour objet une chose hors du commerce [1].

132. Au contraire, l'exception prise de la violence, du dol ou de l'erreur, dont l'un des codébiteurs aurait été victime, est purement personnelle à ce débiteur, et ne peut dès-lors être invoquée que par lui. Il en est de même de celle qui serait fondée sur l'incapacité de l'un des coobligés [2].

133. La compensation de ce qui est dû à l'un des débiteurs solidaires est une exception commune à tous les autres, jusqu'à concurrence de la part et portion dont le premier est tenu envers le créancier commun. Quant à la compensation du surplus, c'est une exception personnelle au

(1) M. Duranton, t. XI, n. 220.
(2) *Ibid.*; M. Toullier, t. VI, n. 737.

débiteur devenu créancier, et dont les autres codébiteurs ne peuvent par conséquent se prévaloir. C'est en ce sens qu'il faut entendre la disposition finale de l'art. 1294 du Code civil, suivant laquelle le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur (1).

134. Il en est de même de la confusion (2). Ainsi lorsque l'un des débiteurs devient héritier du créancier, ou lorsque le créancier devient l'héritier de l'un des débiteurs, la confusion qui s'opère entre les deux qualités n'éteint la créance solidaire que jusqu'à concurrence de la part et portion du débiteur ou du créancier (3).

135. Il en est autrement de la novation : c'est toujours une exception commune. Par la novation faite entre les créanciers et l'un des codébiteurs solidaires, dit l'art. 1281, les codébiteurs sont libérés.

136. On doit en dire autant de la remise de la dette. La remise qui est accordée à l'un des débiteurs solidaires, libère tous les autres, suivant l'art. 1285, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. Mais alors il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.

137. Toutefois cette règle n'est applicable que lorsqu'il s'agit d'une remise volontaire ; elle ne l'est plus lorsqu'il s'agit d'une remise forcée, par exemple, d'une remise accordée par un concordat en matière de faillite. Nous avons vu plus haut (4), que le créancier de plusieurs codébiteurs faillis peut

(1) M. Toullier, n. 737 ; M. Duranton, t. XII, n. 429 et 430 ; M. Zachariæ, t. II, p. 268. — Voy. *sup.*, n. 29, et *inf.*, ch. 5, sect. 4.
(2) Voy. *inf.*, ch. 5, sect. 5.
(3) C. civ., 1209.
(4) Voy. *sup.*, n. 114 et suiv.

se présenter dans toute les masses et y figurer pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement ([1]); et que nonobstant le concordat fait avec un des débiteurs faillis, le créancier conserve son action pour la totalité de sa créance contre les coobligés non faillis.

138. Ces dispositions particulières au concordat reçoivent surtout application en matière de lettres de change et d'obligations transmissibles par voie d'ordre, en vue desquelles le législateur a principalement disposé.

Il faut de plus remarquer que lorsqu'il s'agit d'obligations de cette nature, qui sont personnelles à chacun des coobligés, et qui ne se divisent point entre eux comme les obligations solidaires proprement dites, la règle qui veut que le débiteur solidaire poursuivi par le créancier, ne puisse se prévaloir que des exceptions qui lui sont personnelles, ou de celles qui sont communes à tous, acquiert une nouvelle énergie.

Il y a plus : c'est un principe fondamental, en matière de lettres de change et d'obligations à ordre, que le débiteur ne peut opposer au tiers porteur ou cessionnaire du titre, aucune des exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant personnellement. Nous avons déjà expliqué la cause et les effets de cette règle avec assez d'étendue, pour n'avoir pas besoin d'y revenir ici ([2]).

139. Nous avons vu tout à l'heure les effets de la remise de la dette accordée à l'un des codébiteurs solidaires : il nous reste à voir les effets de la remise ou décharge qui ne s'applique qu'à la solidarité.

([1]) C. com., art. 542.
([2]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 94 et suiv.

Dans l'ancien droit, des auteurs pensaient que la remise même tacite de la solidarité, faite en faveur de l'un des débiteurs, opérait l'extinction de la solidarité au profit des autres. Cette opinion se fondait sur la loi 18 au Code *De pactis* qui, en effet, est formelle : ***Pactum tacitum divisionis uni ex debitoribus in solidum obligatis factum, cæteris etiam absentibus et ignorantibus prodest*** ([1]). D'autres auteurs pensaient au contraire et avec plus de raison, qu'on peut renoncer au bénéfice de la solidarité relativement à l'un des débiteurs, sans vouloir pour cela y renoncer à l'égard des autres ; qu'il n'y a aucun lien nécessaire entre ces deux intentions; et qu'une convention faite avec un débiteur pour le décharger de la solidarité, ne peut profiter aux autres qui n'y ont pas été parties ([2]). C'est ce dernier système qui a été adopté par l'article 1210 du Code civil, aux termes duquel le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres.

La décharge de la solidarité peut avoir lieu, soit au moyen d'une convention particulière et alors même que le débiteur auquel elle est accordée ne paye actuellement rien et reste débiteur de sa part dans la créature totale; soit par le payement fait au créancier de la part de l'un des débiteurs, sans que ce créancier ait réservé dans la quittance la solidarité ou ses droits en général. Toutefois, le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur, lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est ***pour sa part***. Il en est de même

([1]) Bartole, sur cette loi; Basnage, sur Normandie, art. 21 ; Du Rousseaud de Lacombe, v° *Solidarité*.
([2]) Pothier, n. 278.

de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs *pour sa part*, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation ([1]).

Si le débiteur n'a été déchargé de la solidarité que moyennant le payement de sa part dans la dette, le créancier ne conserve son action solidaire contre les autres codébiteurs, que déduction faite de cette part qui ne lui est plus due ([2]). Si au contraire en déchargeant le débiteur de la solidarité, le créancier n'a rien reçu, il conserve sans restriction et pour le tout son action solidaire contre les autres codébiteurs, et une action partielle contre le débiteur déchargé ([3]).

140. La renonciation à la solidarité peut avoir lieu non-seulement pour le capital, mais encore pour les arrérages ou les intérêts de la dette, et cette renonciation peut aussi résulter de la réception sans réserves de la part de l'un des débiteurs dans ces intérêts. Mais dans ce cas, le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir ni pour le capital, à moins que le payement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs ([4]). Autrefois, cette sorte de prescription ne s'opérait que par un payement divisé pendant trente années consécutives ([5]).

141. Jusqu'ici nous ne nous sommes occupé des effets de la solidarité qu'en ce qui touche l'action du créancier contre les débiteurs ou les coobligés, et les exceptions que ces dé-

---

([1]) C. civ., art. 1211. Pothier, n. 277.
([2]) C. civ., 1210.
([3]) M. Duranton, t. XI, n. 251 ; M. Zachariæ, t. II, p. 271, note 36.
([4]) C. civ., 1212.
([5]) Pothier, n. 279.

biteurs peuvent opposer au créancier. Nous allons maintenant voir quels sont les droits et les actions des débiteurs les uns contre les autres.

142. Dans leurs rapports respectifs, les codébiteurs solidaires d'une même dette étant en quelque sorte réputés associés les uns des autres, et s'être réciproquement donné le mandat de payer l'un pour l'autre, il en résulte que le débiteur qui a payé, a un recours contre ses mandants pour le profit qu'il a procuré à chacun d'eux, c'est-à-dire pour la part à raison de laquelle chaque débiteur est intéressé dans la dette commune. De là, cette règle de l'article 1213 que l'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion; et la faculté accordée par l'article 1214 au débiteur qui a payé en entier une dette solidaire, de recourir contre ses codébiteurs, mais seulement pour la part et portion de chacun d'eux. Si l'un d'eux se trouvait insolvable, la perte qu'occasionnerait son insolvabilité se répartirait, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui aurait fait le payement.

143. Si la dette est payable en plusieurs termes, il n'est pas douteux que le débiteur qui a payé l'un de ces termes, a un recours contre ses codébiteurs pour qu'ils aient à lui rembourser leur part dans ce qu'il a payé, alors même que le terme payé n'excéderait pas la part du débiteur dans la dette totale : chaque terme forme une dette distincte.

144. Il n'est pas douteux non plus que lorsque la dette est exigible en totalité, et qu'un débiteur en a payé une partie excédant sa part dans la créance totale, il a un recours contre ses codébiteurs. Mais quelquefois il peut y avoir difficulté sur la manière dont le recours doit être exercé.

Supposons une créance totale de 24,000 fr. ayant trois débiteurs, dont la part virile est conséquemment de 8,000 fr. L'un d'eux paye 18,000 fr. au créancier. Peut-il recourir contre chacun des codébiteurs pour les contraindre à lui payer chacun un tiers de 18,000 fr. soit 6,000 fr.? ou ne le pourra-t-il que pour ce qui, dans la somme de 18,000 fr., excède celle de 8,000 fr. formant sa part dans la créance totale, soit pour 5,000 fr. chacun? Je crois qu'il peut leur demander 6,000 fr. En payant 18,000 fr. sur 24,000, il a fait l'affaire de ses codébiteurs dans la même proportion qu'il a fait la sienne propre, puisqu'il les représentait tous les deux, et que le payement fait par lui seul équivalait au payement que tous auraient fait en commun. Il les a libérés de 6,000 fr. chacun, c'est donc 6,000 fr. que chacun lui doit ([1]).

Il suit de là que si l'un des débiteurs avait payé une somme égale à sa part, sans que ce payement eût été accompagné d'une décharge de la solidarité, il pourrait encore recourir contre ses codébiteurs, pour se faire rembourser leur part proportionnelle dans la somme payée.

145. Le débiteur qui a payé a droit non-seulement au remboursement de la part de ses coobligés dans le capital, mais aussi aux intérêts de la part que chacun d'eux doit supporter dans la dette commune. Le débiteur qui a payé n'est qu'un mandataire, et on sait que le mandataire a droit aux intérêts de ses avances à compter du jour où elles ont été faites ([2]).

146. On s'est demandé si le débiteur à qui une remise a été faite a une action contre ses codébiteurs comme s'il eût

---

([1]) M. Duranton, t. XI, n. 245.
([2]) C. civ., 2001. — Voy. *sup.*, t. IV, n. 262.

payé ([1]). Pour résoudre cette question, il faut d'abord remarquer qu'une remise pure et simple, tout en profitant aux autres débiteurs, ne les libère pas. Le créancier ne peut, il est vrai, agir contre eux que sous la déduction de la part de celui auquel la remise a été faite; mais en définitive, leur part proportionnelle dans la dette commune reste toujours la même, puisque si, de trois débiteurs l'un est libéré par une remise, les deux tiers de la créance pour lesquels le créancier conserve son action contre les deux autres débiteurs se divisant entre eux, l'un et l'autre restent toujours débiteurs d'un tiers. Dans cette hypothèse, celui à qui une remise a été faite ne peut donc recourir contre ses codébiteurs qu'il n'a libérés ni en tout ni en partie, et qui, par conséquent, ne lui doivent rien.

Si au contraire la remise n'avait pas été pure et simple; si elle avait été le résultat d'arrangement particulier entre le créancier et le débiteur; si, en un mot, elle était faite à titre onéreux, et n'avait pas pour résultat de décharger de la solidarité pour le surplus le débiteur auquel elle aurait été accordée pour sa part, alors celui-ci pourrait recourir contre les codébiteurs, parce que ce qui resterait dû se diviserait encore entre eux tous, et non pas seulement entre ceux qui seraient restés étrangers à la remise.

147. Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des créanciers ([2]), si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables est contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux qui ont précédemment été déchargés

---

([1]) M. Duranton, t. XI, n. 227.
([2]) Voy. sup., n. 159.

de la solidarité ([1]); c'est-à-dire que le créancier ne conserve son action solidaire contre les débiteurs non déchargés que sous la déduction des portions contributoires des débiteurs déchargés, portion dont les premiers cessent d'être tenus parce que, par le fait du créancier, ils ne peuvent plus avoir à cet égard de recours à exercer contre les seconds ([2]).

148. Les règles qui viennent d'être exposées sur les effets de la solidarité entre les coobligés, sont uniquement relatives à la solidarité proprement dite, c'est-à-dire à la solidarité des codébiteurs d'une dette unique qui se divise entre eux tous par égales portions, et qui les concerne tous également et au même titre. Si au contraire l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs qui ne seraient tenus par rapport à lui que comme ses cautions ([3]). Cette exception reçoit une application directe, en matière commerciale, à la solidarité des divers coobligés au payement d'une lettre de change ou autre obligation à ordre. Si le porteur a exercé un recours contre l'un des endosseurs ou contre tous, celui qui a payé a un recours contre tous ceux qui le précèdent, non pour la part virile de chacun d'eux, mais pour la totalité, parce qu'il y a en définitive autant de dettes que d'obligés, et que, en remontant ainsi d'endosseur à endosseur, le dernier n'a recours que contre le tireur ou souscripteur, lequel n'a de recours contre personne, à moins qu'il n'y ait un donneur d'ordre qui, en sa qualité de mandant, doit indemniser son manda-

---

([1]) C. civ., 1215.

([2]) Pothier, n. 275; M. Toullier, t. VI, n. 739; M. Duranton, t. XI, n. 231; M. Zachariæ, t. II, p. 271, note 37.

([3]) C. civ., 1216.

taire de toutes les sommes que celui-ci a déboursées pour l'accomplissement de son mandat.

149. Il suit de là que chacun des coobligés au payement d'une obligation à ordre, étant débiteur de la totalité envers tous les endosseurs subséquents auxquels il doit garantie, le créancier qui fait remise de la dette à l'un de ses garants solidaires ne change rien à sa position ni à ses droits vis-à-vis les autres, et qu'il peut par conséquent les poursuivre encore pour la totalité, sans déduction de la part de celui à qui la remise a été faite : puisque la dette ne se divise pas entre les coobligés, la remise faite à l'un ne profite pas aux autres [1].

150. De même, dans le cas où il y a renonciation à la solidarité vis-à-vis de l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres coobligés devient insolvable, il n'y a lieu à aucune répartition de la part des insolvables, puisqu'il n'y a point de parts : l'insolvabilité ne préjudicie qu'à ceux qui ont les insolvables pour débiteurs ou garants solidaires [2].

151. Les règles sur les effets de la solidarité entre les coobligés se modifient encore d'une manière beaucoup plus générale dans le cas de faillite de tous ou de plusieurs des débiteurs solidaires.

On a déjà vu que le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite, participe aux distributions dans toutes les masses et y figure pour la valeur nominale de son titre, jusqu'à parfait payement; et j'ai expliqué comment cette disposition de l'article 542 du Code de commerce était le résultat combiné de la solidarité, des

[1] Voy. *sup.*, n. 146.
[2] Voy. *sup.*, n. 147.

principes en matière de concordat commercial et des nécessités du crédit ([1]). Il reste à savoir quelle est la position respective des coobligés faillis qui tous ont payé un dividende au créancier, et s'ils ont un recours à exercer les uns contre les autres, soit en vertu de l'article 1213 du Code civil, s'il s'agit d'engagements ordinaires, soit en vertu des règles particulières à la garantie successive des endosseurs, s'il s'agit d'obligations à ordre. Ce point, qui est resté longtemps douteux, est aujourd'hui réglé par l'article 543 du Code de commerce, aux termes duquel aucun recours pour raison des dividendes payés n'est ouvert aux faillites des coobligés les uns contre les autres, si ce n'est lorsque la réunion des dividendes que donneraient les faillites excéderait le montant total de la créance, en principal et accessoires, auquel cas cet excédant doit être dévolu suivant l'ordre des engagements à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants.

Si donc de deux coobligés solidaires, tous les deux en état de faillite, l'un me paye 25 p. 100 de dividendes et l'autre 75, celui qui a payé 75 n'a aucun recours contre celui qui n'a payé que 25. La raison en est que chaque dividende représentant la créance totale pour la faillite qui l'a payé, celle qui a payé 75 n'a pas plus payé que celle qui a payé 25, puisque 25 représentent 100 dans une faillite, de même que 75 représentent 100 dans l'autre.

Il suit de là que si de deux coobligés solidaires un seul est en état de faillite, le non failli n'a contre le failli qui a payé un dividende proportionnel, représentant la créance totale, aucun recours à exercer pour les sommes qu'il aurait été lui-même obligé de payer en sus de sa part ([2]).

([1]) Voy. *sup.*, n. 114 et suiv.
([2]) M. Renouard, t. II, p. 181, 2e édit.

152. Du reste, il faut bien remarquer que la disposition de l'article 543, qui interdit tout recours des coobligés faillis les uns contre les autres, à raison des dividendes payés, n'interdit le recours qu'entre ceux qui ont payé, et non de la part de ceux qui ont payé un dividende contre ceux qui n'en ont pas payé. Cette distinction, qui résulte clairement des termes de l'article 543 combinés avec ceux de l'article 542 qui le précède, est d'ailleurs fondée sur la nature des choses.

On sait, en effet, que d'après l'art. 542, le porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés solidaires qui sont en état de faillite, participe aux distributions dans toutes les masses, et y figure pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement; et qu'ainsi le créancier qui a deux codébiteurs solidaires tombés en faillite, dont l'un donne à ses créanciers 25 p. 100, et l'autre 75, peut se présenter dans les deux masses, prendre dans l'une 25, dans l'autre 75, et de cette manière se trouver payé en totalité. C'est à cette hypothèse que s'applique l'article 543, qui n'a pas voulu que la masse qui avait payé 75 pût exercer un recours contre celle qui n'avait payé que 25, parce qu'on ne pourrait admettre un recours contre une masse, à raison d'une créance pour laquelle elle a payé un dividende qui en est la représentation, sans faire ainsi figurer deux fois la même créance dans la même masse, et forcer cette masse à acquitter deux fois la même dette.

La disposition prohibitive du recours des coobligés les uns contre les autres, à raison des dividendes que tous ont payé pour la même créance, repose donc sur ce principe que le dividende représente la totalité de la créance pour laquelle il est alloué; de telle sorte que celui qui a payé ce dividende est libéré, et qu'il ne doit plus rien ni à ses codébiteurs solidaires qui ont payé un dividende plus considérable, ni

à ses cautions qui ont payé un dividende à sa décharge.

De là il suit que cette disposition ne saurait être applicable au cas où celui qui a payé un dividende exerce un recours contre son coobligé ou son garant, failli ou non failli, peu importe, qui n'a encore rien payé; car si le porteur d'une lettre de change, par exemple, usant du droit qui lui appartient de s'adresser à l'un des coobligés plutôt qu'à un autre, se fait payer par l'un de ceux qui ont d'autres coobligés pour garants, on ne voit pas pourquoi celui qui a payé ne pourrait pas recourir contre ses coobligés ou garants en faillite, alors que ceux-ci n'ont encore rien payé au créancier qui ne s'est pas présenté pour figurer à leur masse? L'article 543 ne fait aucun obstacle à ce recours, parce qu'il n'a eu et n'a pu avoir pour but que de proscrire un recours entre ceux qui, ayant payé, sont dans une position égale, et non de la part de ceux qui ont payé contre ceux qui n'ont pas payé.

A plus forte raison, les coobligés faillis ou non faillis, qui ont payé, ont-ils un recours contre la faillite de leur coobligé ou de leur garant, lorsque, d'après la nature du contrat, le créancier n'avait lui-même aucune action contre ce coobligé. C'est ce qui a lieu, par exemple, dans le cas où le porteur d'une lettre de change s'étant présenté dans la faillite du tireur pour compte et de l'accepteur, ses codébiteurs solidaires, ceux-ci prétendent à un recours contre le donneur d'ordre. Le porteur, n'ayant aucune action directe contre le donneur d'ordre, a dû nécessairement agir contre l'accepteur et le tireur, qui n'ont été tenus de payer qu'en qualité de représentants et de mandataires du donneur d'ordre, lequel doit les relever des dépenses qu'ils ont été obligés de faire pour l'exécution du mandat qui leur a été donné. La faillite des uns ou des autres ne change rien à cet état de choses.

153. Il y a encore lieu au recours des coobligés faillis les

uns contre les autres, lorsque la réunion des dividendes que donnent ces faillites excède le montant total de la créance en principal et accessoires.

154. S'il s'agit de codébiteurs soumis à la solidarité ordinaire et proprement dite, entre lesquels se divise la dette, cet excédant, de même que ce qui pourrait être dû par un coobligé non failli qui n'aurait rien payé au créancier, se divise entre eux tous, comme la créance elle-même se fût divisée si, payée par l'un d'eux, ils eussent été soumis à son recours : ils prennent part au partage de la somme à laquelle tous ont un droit égal dans la proportion où ils auraient contribué à rembourser celui d'entre eux qui aurait payé la totalité (¹).

155. Si, au contraire, il s'agit de coobligés solidaires qui sont garants successifs les uns des autres, comme en matière d'obligations à ordre, la question se complique. Dans ce cas, aux termes de l'article 543, l'excédant est dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants. Ceci demande quelques explications.

Il y a plusieurs ordres de coobligés parmi ceux qui sont tenus au payement d'une lettre de change : le tireur qui est obligé, sans avoir de recours contre personne, à moins qu'il n'y ait un donneur d'ordre, auquel cas il y un recours contre le donneur d'ordre et contre l'accepteur qui s'est rendu débiteur direct de la lettre à l'égard de tous les intéressés; l'accepteur qui, lorsqu'il n'a pas de provision, a un recours contre le tireur, ou quand c'est un tireur pour compte, contre le donneur d'ordre; enfin, les endosseurs qui ont un recours à la fois contre le tireur et contre l'ac-

(¹) M. Renouard, t. II, p. 182 et 183 (2ᵉ édition).

cepteur, et en même temps contre tous les endosseurs qui les précèdent.

De là il suit que si l'excédant se trouve dans la faillite du tireur, ou de l'accepteur, ou d'un endosseur, le dernier des endosseurs, qui a tous les autres pour garants, profite de cet excédant; que si les endosseurs sont restés en dehors et si l'excédant se trouve dans la faillite du tireur, cet excédant revient à l'accepteur qui n'avait pas provision; et que si l'excédant se trouve dans la faillite de l'accepteur qui avait provision, cet excédant appartient au tireur (1).

Mais il y a plus de difficulté pour régler le recours des faillites du tireur pour compte et de l'accepteur contre le donneur d'ordre.

Quand le tireur pour compte seul a payé, il a un recours nécessaire contre le donneur d'ordre, dont il est le mandataire, et qui n'a rien payé au porteur, lequel n'avait contre lui aucune action directe (2).

Quand l'accepteur seul a payé, sans avoir provision, il a un recours contre le donneur d'ordre qui était tenu de faire la provision et qui doit le garantir des suites de son acceptation.

Mais quand le tireur pour compte et l'accepteur ont l'un et l'autre payé un dividende, ont-ils tous les deux un recours contre la faillite du donneur d'ordre?

La Cour de cassation a jugé (3) que le tireur et l'accepteur d'une lettre de change pour compte d'autrui doivent, lorsqu'ils ont concouru l'un et l'autre au payement de la lettre de change, être admis concurremment et au *prorata* de ce qu'ils

---

(1) M. Renouard, t. II, p. 182 (nouvelle édition); M. Lainné, p. 352.

(2) Voy. *sup.*, n. 152.

(3) Arrêts des 27 août 1832 (Dev., 32, 1, 561), et 25 décembre 1834 (35, 1, 198).

ont payé dans la faillite de celui par l'ordre et pour le compte duquel la lettre a été tirée.

M. Pardessus ([1]) pense au contraire que le tireur pour compte a seul le droit d'être remboursé par le donneur d'ordre, et que l'accepteur n'a rien à prétendre. Cet auteur se fonde sur ce que l'acceptation suppose la provision, non-seulement vis-à-vis des endosseurs, mais encore à l'égard du tireur pour compte, qui est assimilé à un endosseur, et envers lequel l'accepteur est tenu à la garantie du payement de la lettre; d'où il suit qu'il ne peut y avoir aucune concurrence entre le tireur pour compte et l'accepteur qui est son débiteur. C'est cette dernière opinion qui me paraît devoir être préférée.

156. Tels sont les principaux effets de la solidarité respectivement aux codébiteurs ou coobligés. Leur exposition complète les développements un peu étendus qu'exigeait la matière si difficile et si usuelle de la solidarité, et termine le chapitre *des diverses espèces d'obligations*.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

SOMMAIRE. — 157. Différentes manières d'éteindre les obligations. — 158. Modes d'extinction particuliers et modes généraux.

157. Les obligations s'éteignent de plusieurs manières : elles s'éteignent naturellement par l'accomplissement ou l'exécution de ce qui en forme l'objet, en d'autres termes par la prestation de la chose qui est dans l'obligation, ou, en cer-

([1]) *Droit commercial*, n. 1255.

tains cas, d'une chose équivalente, c'est-à-dire par le payement, la dation en payement, la cession de biens et la compensation.

Elles s'éteignent par la volonté réciproque des parties qui consentent soit à révoquer la convention, soit à mettre fin à l'obligation, comme dans le cas de la remise de la dette; soit à substituer une obligation à une autre, au moyen de la novation et de la délégation.

Elles s'éteignent par la volonté d'une seule des parties dans certains contrats qui se rapportent à un ordre de faits successifs, comme en matière de société ([1]); et dans les contrats qui ont pour objet l'intérêt principal de l'une des parties, comme dans le mandat et dans tous les contrats qui participent de la même nature.

Elles s'éteignent accidentellement par l'évènement d'une circonstance prévue ou imprévue qui met fin à l'obligation, soit en la rendant sans objet, comme dans le cas de la confusion qui s'opère par la réunion dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur; soit en la dissolvant par l'effet d'une condition résolutoire.

Enfin, elles s'éteignent par la prescription, c'est-à-dire par l'écoulement d'un certain laps de temps qui en fait présumer l'exécution.

158. De ces divers modes d'extinction, les uns sont généraux, et s'appliquent à tous les contrats; les autres sont particuliers, et ne s'appliquent qu'à certains contrats.

Il n'y a lieu de s'occuper des modes particuliers qu'en traitant des contrats auxquels ils se rapportent : telle est la volonté de l'une des parties, quand elle suffit pour faire cesser les effets dans l'avenir les obligations qui résultent des contrats de société, de mandat, de dépôt; telle est la

---

([1]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 148.

mort de l'une des parties, considérée comme cause de la résolution des mêmes contrats.

Les modes généraux sont le payement, la novation, la remise volontaire, la compensation, la confusion, la perte de la chose, l'effet de la condition résolutoire et la prescription ([1]). A ces modes généraux, le Code civil ([2]) ajoute la nullité ou la rescision des conventions, bien qu'à proprement parler la nullité d'un contrat, qui fait qu'il n'existe point d'obligation, ne soit pas une cause d'extinction d'une obligation qui n'a jamais eu qu'une existence apparente.

Nous allons examiner successivement ces divers modes généraux d'extinction, sauf l'effet de la condition résolutoire, dont nous avons déjà traité en parlant des obligations conditionnelles ([3]), et la prescription qui, se rattachant à un ensemble d'idées plus générales, fera ultérieurement l'objet d'un examen spécial.

—

SECTION I. — DU PAYEMENT.

SOMMAIRE. — 159. Ce que c'est que le payement. — 160. Tout payement suppose une dette. Répétition de l'indu. Acquittement des obligations naturelles. — 161. Exemples. Créances payées par un failli, malgré la remise qui lui en a été faite. — 162. ....Sommes payées par un endosseur, malgré la tardiveté du protêt. — 163. Modifications du payement.

159. Le payement, dans l'acception la plus générale du mot, est l'accomplissement de toute obligation, soit qu'elle consiste à donner, soit qu'elle consiste à faire. *Solutio est prestatio ejus quod in obligatione est.*

([1]) C. civ., 1234.
([2]) *Ibid.*
([3]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 339 et suiv.

Il suit de là que tout acte qui, en éteignant l'obligation, a pour résultat de délier le débiteur et de lui faire obtenir sa libération, *qui solvit obligationem*, n'est pas un payement, quoiqu'il en produise les effets. Pour payer, il faut faire précisément ce à quoi on s'est engagé. *Solvere dicitur eum qui fecit quod facere promisit* ([1]).—*Non est verum*, dit très bien Scaccia, *quod solutio et liberatio sint unum et idem, siquidem liberatio ità dicitur de solutione propriâ et verâ sicut de eo quod non est propriè solutio*, *sed habet vim solutionis* ([2]).

Cependant dans la pratique on donne souvent le nom de payement à des moyens de libération qui ne sont pas accompagnés de la prestation de la chose promise, ainsi qu'on en trouve un exemple dans ce passage de Raphaël de Turri, où il énumère certains modes de libération qu'il comprend sous la dénomination générale de payement: *Restrinximus solutiones, ad compensationem, ad novationem, ad delegationem, et ad numerationem* ([3]).

Dans un sens plus restreint et plus usuel, le payement est l'acquit en numéraire d'une somme due, *numeratio*, *nummorum solutio*, comme dit encore Scaccia ([4]).

160. Tout payement suppose donc une dette ou une obligation dont il est l'accomplissement. Il suit de là que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition ([5]) : le payement qui ne serait pas corrélatif à une dette serait un effet sans cause. Mais la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Si l'obligation naturelle est imparfaite dans le for extérieur,

---

([1]) L. 176, *ff. De verb. oblig.*
([2]) *De comm. et camb.*, § 2, gl. 5, n. 18.
([3]) *De camb.*, *disp.* 2, *quæst.* 21, n. 25.
([4]) *Ibid.*, n. 17.
([5]) C. civ., 1235.

en ce sens que le créancier est destitué d'action pour contraindre le débiteur à payer ou à faire ce qu'il doit, elle est parfaite dans le for intérieur, en ce sens que le débiteur qui, en l'accomplissant, n'a fait que son devoir, n'est pas admis à se repentir de l'avoir fait.

161. Ainsi le failli qui, après concordat, paye à ses créanciers la quotité dont ils lui avaient fait remise par faveur, exécute une obligation naturelle, et ne peut dès-lors répéter ce qu'il a payé : il y a si bien dans ce cas une obligation naturelle, que la loi elle-même en reconnaît l'existence, en exigeant du failli qui veut obtenir sa réhabilitation, le payement intégral de ses dettes, sans tenir compte des remises qui lui ont été faites par le concordat (*).

162. Ainsi encore l'endosseur d'une lettre de change qui en paye le montant nonobstant la tardiveté du protêt, n'est pas fondé à répéter ce qu'il eût pu ne pas payer, s'il se fût prévalu en temps utile d'une exception relative, non à la force de l'obligation en elle-même, mais aux conditions imposées aux créanciers.

163. Le payement peut recevoir diverses modifications et être fait de plusieurs manières. Ainsi, outre le payement proprement dit, qui éteint la dette au moyen de l'exécution de l'obligation, il y a le payement avec subrogation, qui ne fait guère que substituer un créancier à un autre ; l'imputation de payements, qui dirige le payement fait par le débiteur de plusieurs dettes, plutôt sur l'une que sur l'autre ; les offres de payement, ou la consignation, qui sont une manière de se libérer envers un créancier qui ne veut ou ne peut recevoir ; enfin la cession de biens qui substitue dans le payement une

(*) C. com., 604.

chose à une autre : matières accessoires dont nous nous occuperons après avoir exposé les règles relatives au payement en général.

—

§ I. — *Du payement en général.*

SOMMAIRE. — 164. Conditions de validité du payement.

1° *Par qui le payement peut-il être fait?* — 165. Obligations de faire. Distinctions. — 166. ...Obligations de donner. Payement fait par une personne intéressée; par un tiers non-intéressé. Droits du tiers contre le débiteur pour lequel il paye; subrogation. — 167. Payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre par un tiers indiqué au besoin. — 168. Payement par intervention d'une lettre de change ou d'un billet à ordre; subrogation qui en est la conséquence; conditions de cette subrogation. — 169. Elle ne peut s'opérer ni au profit du tireur, ni au profit des endosseurs. — 170. Comment s'opère-t-elle au profit du tiré. — 171. Effets de cette subrogation. — 172. Du cas où il se présente plusieurs intervenants. — 173. Pour payer, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement. Sens de l'art. 1238 du Code civil. — 174. Payement d'une somme d'argent ou d'une chose fongible, par celui qui n'en est pas propriétaire. — 175. ....Payements faits en marchandises. — 176. ......En effets de commerce. — 177. Pour payer, il faut être capable d'aliéner la chose donnée en payement. Sens de cette disposition de l'art. 1238. — 178. Des payements faits par un failli. — 179. Des payements faits au préjudice d'une opposition. — 180. Quand peut-on former opposition au payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre?

2° *A qui le payement peut-il être fait?* — 181. Payement fait au créancier. ....Au possesseur de bonne foi. — 182. Quand le détenteur du titre peut-il être réputé possesseur de la créance?...En matière civile.—183. ...En matière commerciale. Du payement fait par erreur à celui qui se présente comme étant le propriétaire d'une lettre de change. — 184. Du payement fait au faux porteur d'une lettre de crédit. — 185. Celui qui paye au faux porteur d'une lettre de change ou d'une lettre de crédit, n'est libéré qu'autant qu'il s'est fait remettre le titre.—186. Payement fait au cessionnaire de la créance. Différents modes de cession des créances. Créances négociables ou au porteur. — 187. Du payement d'une lettre de change tirée en plusieurs exemplaires. — 188. Quand et comment ce payement non libératoire envers le tiers porteur de l'exemplaire accepté, est-il libératoire envers le tireur? — 189. Des payements faits sur un faux ordre. — 190. ....En vertu d'un faux acte de cession. — 191. A qui doit être fait le payement d'un effet au porteur? — 192. Le payement doit être fait à une personne capable de recevoir : mineur; femme; failli. — 193. *Quid*, si la chose payée à un incapable a tourné à son profit? — 194. Du payement fait au mandataire. Du mandat exprès; de l'*adjectus solutionis gratiâ*. — 195. Du mandat tacite. Du mandat résultant de la remise des pièces à l'avoué ou à l'agréé. — 196. ....A l'huissier. — 197. Du mandat résultant de la remise faite à un commis d'une fac-

ture acquittée. — 198. Le pouvoir de vendre ou de louer emporte-t-il pouvoir de toucher le prix de la vente ou de la location? — 199. *Quid*, du commis chargé de vendre? — 200. *Quid*, du préposé à la location des places dans une entreprise de transport? — 201. Le commissionnaire chargé de vendre, a pouvoir de toucher le prix de vente. — 202. *Quid*, du courtier? — 203. *Quid*, du maître ouvrier qui a traité pour le compte d'ouvriers placés sous ses ordres? — 204. Du pouvoir de toucher, donné par la loi ou par la justice. Payements faits au tuteur. — 205. ....Au curateur d'un mineur émancipé. — 206. ....Au mari. — 207. ....Aux syndics d'une faillite. — 208. Le payement fait à celui qui n'avait pas pouvoir de toucher pour le créancier est valable si celui-ci le ratifie ou en a profité.

3° *De la chose donnée en payement.* — 209. Dans les obligations de faire. — 210. ....Dans les obligations de donner, ...Dans les obligations de donner proprement dites. — 211. .....Dans les obligations de donner un corps certain. — 212. ....Dans les obligations de donner une chose qui n'est déterminée que par son espèce. — 213. Du payement dans les obligations de sommes. — 214. Il doit être fait en monnaie métallique. Il ne pourrait être fait en marchandises ou en lingots. — 215. Il doit être fait en monnaie métallique ayant cours. — 216. Le débiteur ne peut contraindre le créancier à accepter des lettres de change ou des billets à ordre, ni même des billets de banque. — 217. .....Ni des monnaies étrangères. — 218. Quand la somme est exprimée en monnaie de compte, elle se réduit en monnaie réelle. — 219. A moins de conventions contraires, le débiteur peut se libérer en monnaie d'or ou d'argent à son choix; mais la monnaie de billon ne peut être employée que pour l'appoint de la pièce de cinq francs. — 220. *Quid*, de la petite monnaie d'argent. — 221. De l'obligation de payer dans la monnaie stipulée. — 222. Il faut une stipulation expresse. De l'obligation de payer en espèce d'or; cas divers. — 223. Cette stipulation est de rigueur; sauf le cas où son exécution est impossible. — 224. Les espèces métalliques doivent être reçues pour leur valeur nominale au jour du payement. Du cas où cette valeur n'a pas varié entre le jour du contrat et le jour du payement. — 225. Du cas où cette valeur a varié entre le jour du contrat et le jour du payement. L'art. 1895 du Code civil veut qu'on ne tienne pas compte de cette variation, et que le payement ne soit jamais que de la somme numérique portée au contrat, soit qu'il y ait eu augmentation, soit qu'il y ait eu diminution d'espèces avant l'époque du payement. Examen critique de cette disposition. — 226. *Quid*, si les parties sont convenues de tenir compte de l'augmentation ou de la diminution des espèces? — 227. *Quid*, si elles ont contracté en une monnaie de compte ou en monnaies étrangères? — 228. Effets de la mise en demeure du débiteur avant le changement survenu dans les espèces. — 229. De la dation en payement. — 230. Le débiteur ne peut diviser la dette, mais les juges peuvent l'autoriser à faire des payements partiels. — 231. Quand il y a plusieurs débiteurs, la dette divisible peut être payée partiellement.

4° *Quand doit être fait le payement?* — 232. A l'échéance. — 233. Cas dans lesquels le non payement doit être constaté par un protêt. — 234. Du délai de grâce. — 235. Du délai de grâce en matière commerciale. Lettres de change et billets à ordre. — 236. ....Obligations commerciales ordinaires.— 237. Contrats à la grosse et connaissements.

5° *Où doit être fait le payement?* — 238. Au domicile du débiteur, sauf con-

vention contraire, expresse ou tacite. — 239. Du lieu convenu pour le payement. — 240. Du cas où la chose due est un corps certain, ou une chose déterminée seulement par son espèce.
241. Frais du payement. Quittance. — 242. Passe de sacs. — 243. Frais d'enlèvement, de pesage et de mesurage.

164. Le payement n'est libératoire que lorsqu'il est valable; il n'est valable que lorsqu'il est conforme aux conditions essentielles dont la loi ou la convention fait dépendre sa validité; en d'autres termes, il faut qu'il soit fait par une personne ayant qualité pour le faire; reçu par une personne ayant qualité pour le recevoir; qu'il soit d'une chose recevable, soit quant à sa nature, soit quant à sa qualité; enfin il faut qu'il soit fait à l'époque et au lieu déterminés.

Nous allons passer en revue ces diverses conditions de validité.

165. 1° *Par qui le payement peut-il être fait.* — Il faut d'abord distinguer entre le cas où il s'agit d'une obligation de faire, et le cas où il s'agit d'une obligation de donner.

S'il s'agit d'une obligation de faire, elle doit être acquittée par le créancier lui-même qui ne peut substituer une chose faite par un tiers à la chose qu'il s'est engagé à faire lui-même, à moins que le créancier n'ait aucun intérêt à ce que l'obligation soit remplie par le débiteur personnellement. Dans ce dernier cas, la chose faite par un tiers acquitte l'obligation, même contre le gré du créancier [1]. Mais il faut bien remarquer que c'est la chose faite par un autre que par le créancier, qui acquitte l'obligation, et non la substitution d'un tiers au débiteur : cette substitution d'un débiteur à un autre, ne peut jamais avoir lieu contre le gré du créancier [2]. Si donc je suis convenu avec le capitaine de tel navire qu'il

---

[1] C. civ., 1237.
[2] Voy. *sup.*, t. IV, n. 218.

me transportera des marchandise du Hâvre à Marseille, ce capitaine ne peut, pour se dégager de son obligation, m'offrir un autre capitaine qui consentirait à se charger d'effectuer le transport au lieu convenu : c'est avec lui que j'ai contracté, c'est lui qui est mon débiteur ; et si je puis faire faire le transport à ses frais dans le cas où il ne le ferait pas lui-même ([1]), il ne peut me contraindre à accepter un autre débiteur qui prendrait l'obligation pour son compte. Mais si les marchandises, du transport desquelles j'ai traité avec ce capitaine, sont à l'époque dite transportées à Marseille, il doit m'importer peu que le transport ait été effectué par celui avec qui j'avais contracté ou par un tiers. Je n'avais intérêt qu'à une seule chose : c'est qu'à l'époque dite et convenue, les marchandises fussent arrivées à leur destination : elles y sont, peu importe par quelle voie ; l'obligation de les transporter est donc éteinte.

Si au contraire j'ai intérêt à ce que la chose soit faite par celui qui s'est engagé à la faire, par exemple si j'ai traité avec un mécanicien habile pour la construction d'une machine à vapeur, ce mécanicien ne pourrait s'acquitter avec une machine faite par un autre, s'il ne me convenait pas d'accepter cette machine au lieu et place de celle qu'il devait faire lui-même.

166. Dans les obligations de donner, et surtout dans les obligations de sommes, le principe général est qu'une obligation peut être acquittée, soit par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution ; soit par un tiers qui n'y est point intéressé. Seulement, dans ce dernier cas, l'obligation n'est éteinte vis-à-vis du débiteur, que si le tiers non intéressé qui paye, agit au nom et en l'acquit du dé-

([1]) Voy. t. IV, n. 214.

biteur, ou si, agissant en son propre nom, il ne se trouve pas, par l'effet du payement, subrogé légalement ou conventionnellement dans les droits et actions du créancier [1]. Dans le cas de subrogation, en effet, l'obligation n'est éteinte que vis-à-vis du créancier qui n'a plus rien à demander; mais elle subsiste vis-à-vis du débiteur qui n'a fait que changer de créancier [2].

Du reste, le créancier auquel un tiers non intéressé offre le payement, n'est obligé de l'accepter que dans le cas où ce tiers n'exige pas que le créancier le subroge dans ses droits : cette subrogation constituerait une cession forcée de la créance, et nul ne peut être contraint de céder ce qui lui appartient [3].

Le tiers qui a payé pour le débiteur et auquel la subrogation a été refusée, ne peut alors avoir contre ce débiteur que l'action *negotiorum gestorum.* Cette action, dont l'exercice dépendrait des circonstances [4], devrait être plus facilement accueillie en matière commerciale qu'en matière civile, en ayant soin de remarquer toutefois que le tiers qui aurait payé plus qu'il n'était dû, n'aurait un recours contre le débiteur que pour la somme réellement due, et non pour ce qu'il aurait payé de trop [5].

167. Le droit commercial offre deux exemples remarquables, l'un d'un payement fait par un tiers agissant au nom et

---

[1] C. civ., 1236.

[2] M. Toullier, t. VII, n. 9; M. Duranton, t. XII, n. 15; M. Zachariæ, t. II, p. 352.

[3] M. Duranton, t. XII, n. 15.

[4] M. Toullier, t. VII, n. 12 et suiv.

[5] *Licet gerens negotium alienum si indebitum exigit teneatur hac actione restituere exactum domino pro quo gessit, si tamen solvit indebitum, nullà ratione ab eo repetere potest* (De Turri, *De camb., disp.* 2, *quæst.* 15, n. 31).

en l'acquit du débiteur ; l'autre d'un payement fait par un tiers agissant en son propre nom.

Le tireur, le souscripteur, ou les endosseurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, peuvent indiquer sur l'effet, des tiers chargés de le payer au besoin pour le cas où le payement n'en serait pas effectué par le débiteur [1]. Ces *besoins*, indiqués par l'un des coobligés au payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, sont les mandataires de celui qui les a indiqués ; lorsqu'ils payent, c'est en son nom et en son acquit, et ils ont dès lors un recours contre lui en remboursement des dépenses qu'ils ont faites pour l'exécution de leur mandat. Mais ils n'ont ce recours que contre leur mandant : ils ne peuvent l'exercer contre les autres coobligés ou garants solidaires, parce qu'ils n'ont pas été parties au contrat.

Dans ce cas, le principe consacré par l'article 1236, qui oblige le créancier à recevoir le payement d'un tiers non intéressé qui agit au nom et en l'acquit du débiteur, acquiert une nouvelle énergie, tellement que le porteur d'une lettre de change, avec indication d'un tiers pour la payer au besoin, ne peut exercer aucunes poursuites contre le coobligé qui a indiqué le besoin, avant de s'être présenté au domicile de ce dernier pour y être payé. Il y a plus, la partie qui indique le besoin, peut même obliger le porteur à se présenter chez le besoin avant tout protêt contre les débiteurs de l'effet [2]. Voici le premier exemple, le second n'est pas moins remarquable.

168. Il consiste dans le payement par intervention d'une lettre de change. Le payement par intervention est fait

---

[1] C. com., 173.
[2] Cass. 3 juin 1839 (Dev., 39, 1, 873).

par un tiers qui, n'étant pas personnellement intéressé au payement de la lettre de change protestée faute de payement, déclare intervenir pour le tireur ou l'un des endosseurs, et payer en leur lieu et place (¹). Par suite de ce payement, qui a pour effet de libérer tous les endosseurs quand il est fait pour le compte du tireur, et de libérer les endosseurs subséquents s'il est fait pour le compte d'un endosseur, celui qui paye par intervention est subrogé à tous les droits du porteur (²); mais pour que cette subrogation puisse s'opérer, il faut nécessairement que le payement par intervention ait lieu après protêt, parce que c'est seulement lorsque le refus des débiteurs est régulièrement constaté, que l'intervention peut être utile. C'est pourquoi l'article 158 du Code de commerce exige que l'intervention et le payement soient constatés dans l'acte de protêt ou à la suite de l'acte.

Il faut de plus que celui qui intervient pour payer soit un tiers, c'est-à-dire qu'il ne soit obligé à aucun titre au payement de la lettre. S'il y était obligé, il ne ferait qu'acquitter sa propre dette, et si ce payement lui donnait quelques droits de subrogation contre les coobligés au payement de la lettre, ce ne serait pas par suite de la subrogation particulière qui s'opère au profit de l'intervenant, mais bien par suite du recours qui appartiendrait au coobligé payeur contre ceux des autres coobligés qui sont ses garants solidaires (³).

169. Si donc, lors du protêt fait contre le tiré, le tireur se

---

(¹) C. com., 158.

(²) C. com., 159. — Rote de Gênes, *decis.* 197, n. 1; Ansaldus, *disc.* 2, n. 42; *disc.*, 3, n. 14; *disc.* 17, n. 33; *disc.* 179, n. 5 et 49; Casaregis, *disc.* 58, n. 8 et 15; *disc.* 197, n. 18; *disc.* 198, n. 38 et suiv., 48 et suiv.; Scaccia, § 2, gloss. 5, n. 336 et suiv.

(³) Voy. *sup.*, n. 81, et *inf.*, § 2.

présente et paye volontairement, il a contre le tiré qui a reçu la provision, le même recours que s'il payait sur la dénonciation ultérieure qui lui serait faite du protêt.

De même, si c'est un des endosseurs qui paye volontairement, il a son recours tel que de droit contre le tiré, le tireur et les endosseurs qui le précèdent, et comme s'il payait comme contraint et forcé, mais sans subrogation contre les autres.

170. Quant au tiré qui après avoir refusé d'accepter paye pour l'honneur de la signature du tireur ou de l'un des endosseurs, il est assimilé à un tiers, puisque c'est son acceptation qui le rend partie au contrat de change ([1]). Dans ce cas, en vertu de la subrogation qui s'opère à son profit, il peut exercer tous les droits du porteur, tant contre le tireur que contre les endosseurs, au lieu que s'il avait accepté et payé sans avoir de provision, il n'aurait de recours que contre le tireur, dont il se serait rendu le mandataire. *Qui acceptat ac solvit tractam super protestu*, dit Raphaël de Turri, *acquirit actionem negotiorum gestorum contra dominum, non autem mandati* ([2]).

Mais il faut pour cela qu'il n'y ait pas de doute sur la qualité en laquelle le tiré a payé, et que la qualité d'intervenant, si elle ne résulte pas d'un dire exprès, soit au moins le résultat nécessaire des circonstances qui ont accompagné le payement. Il y a payement par intervention, dit à ce sujet le même auteur, *quando verè et realiter fit solutio litterarum ab eo cui fit tracta, non absolutè et simpliciter, sed pro honore litterarum, id quod exequitur declarando se non in executione*

([1]) M. Locré, sur l'art. 158, C. com.; M. Pardessus, n. 405.

([2]) *De cambiis, disp.* 2, *quæst.* 13, n. 34. — Voy. aussi la Rote de Gênes, décis. 6, n. 8.

ordinum et litterarum, sed pro honore litterarum, seu datoris earum solvere (1).

Cette déclaration peut être suppléée par les circonstances. Ainsi le tiré est réputé payer par intervention, lorsqu'il paye après avoir refusé d'accepter la lettre de change et l'avoir laissé protester faute d'acceptation et de payement. Telle était l'ancienne pratique constatée par la Rote de Gênes : *acceptare litteras super protestu est dicere : nolo acceptare mandatum, sed tanquam tertius pro honore litterarum solvere* (2); et approuvée par Raphaël de Turri, suivant lequel une acceptation sur protêt écarte toute idée de mandat et d'acceptation proprement dite (3).

Mais il ne suffirait pas que le tiré, qui aurait accepté et payé sans protêt, eût fait des réserves et déclaré payer par intervention. Ces réserves seraient contredites par son fait. *Protestatio in acceptatione litterarum*, dit encore la Rote de Gênes, *non operatur in solutione, si solutio fiat simpliciter* (4). Et Turri joint encore ici son autorité à celle de la Rote : *Quandoquidem semel constito de acceptatione factâ sublitate qua protestationis, secutâ exindè solutione, intelligitur necessariè facta in vim dictæ acceptationis et executionis ejusdem et consequens cum eâdem qualitate* (5).

171. Par son intervention, le tiers se met au lieu et place de celui pour lequel il intervient, et pour le compte duquel il paye. S'il intervient pour le compte du tiré, il n'a aucun recours contre les endosseurs, qui ne sont pas obligés envers

(1) *De camb., disp.* 3, *quæst.* 1, n. 37.
(2) Rote de Gênes, décis. 6, n. 8.
(3) *Disp.* 2, *quæst.* 13, n. 17.
(4) Décis. 6, n. 2.
(5) *De camb., disp.* 2, *quæst.* 14, n. 42.

le tiré, et il n'a de recours contre le tireur que dans le cas où celui-ci n'aurait pas fourni la provision.

S'il intervient pour le compte du tireur, il n'a encore de recours que contre ce dernier, mais il a ce recours dans tous les cas, soit qu'il y ait, soit qu'il n'y ait pas provision.

S'il intervient pour l'un des codébiteurs, il n'a de recours que contre les endosseurs qui précèdent celui pour lequel il intervient.

En d'autres termes, le payement par intervention fait pour le compte du tiré ou du tireur, libère tous les endosseurs, et fait pour le compte d'un endosseur, il libère tous les endosseurs subséquents [1].

Il suit de là que lorsque l'article 159 du Code de commerce dit que celui qui paye une lettre de change par intervention est subrogé aux droits du porteur, cette disposition ne doit pas être prise au pied de la lettre. Il est subrogé aux droits du porteur contre celui pour lequel il intervient, et relativement à ceux des coobligés contre qui celui pour lequel il intervient pouvait recourir; mais il n'est pas subrogé dans les droits du porteur, relativement à ceux contre qui celui pour lequel il intervient n'avait aucun droit de recours.

172. S'il se présente à la fois plusieurs intervenants, celui qui opère le plus de libérations est préféré; si celui sur qui la lettre de change était tirée et sur qui a été fait le protêt faute d'acceptation se présente pour la payer, il est préféré à tous autres [2].

173. Aux termes de l'article 1238 du Code civil, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée

---

(1) C. com., art. 159.
(2) C. com., 159.

en payement, et capable de l'aliéner. Cette rédaction est mauvaise, en ce sens qu'elle fait une règle générale de ce qui n'est qu'une exception. On sait en effet que dans notre droit français, l'obligation de donner une chose déterminée rend le créancier propriétaire de la chose, avant même qu'elle lui ait été livrée ([1]). Celui qui livre la chose qu'il a promis de donner, en d'autres termes, qui paye, n'est donc pas propriétaire de cette chose au moment où il la livre, et cependant il paye valablement([2]). Les rédacteurs du Code se sont laissés égarer ici par les principes du droit romain, sous l'empire duquel la tradition était nécessaire pour la transmission de la propriété, ce qui permettait de considérer le payement comme une aliénation : *solvere est alienare.* La disposition de l'article 1238, qui exige que pour payer valablement on soit propriétaire de la chose donnée en payement, doit donc être restreinte au cas où la chose due n'est déterminée que par son espèce, et à celui où le débiteur donne une autre chose en payement de celle qu'il doit ([3]).

Et encore même dans les cas auxquels peut s'appliquer cette disposition, l'article 1238 lui-même y apporte-t-il une exception nécessaire, en disant que le payement d'une somme d'argent ou d'une autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le payement ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire. Cette exception s'applique principalement aux matières commerciales, où la possession est toujours, plus encore qu'en matière civile, une présomption

---

([1]) C. civ., 1138. — Voy. *sup.*, t. IV, n. 156 et 161.
([2]) M. Delvincourt, t. II, p. 539 ; M. Toullier, t. VII, n. 7 ; M. Duranton, t. XII, n. 26 et 27.
([3]) Voy. *inf.*, n. 229.

de propriété qui met à l'abri de toute répétition le créancier qui a reçu de bonne foi de son débiteur la chose qui lui était due, et dont il a dû croire celui-ci propriétaire, par cela seul qu'il en était possesseur quand rien ne pouvait indiquer au créancier que le débiteur en était possesseur à un autre titre qu'à titre de propriété.

174. Cela a lieu dans les payements en numéraire : pour le créancier qui reçoit, les écus sont incontestablement la propriété du débiteur qui les tire de sa caisse; et d'ailleurs les écus reçus sont réputés consommés, par cela seul qu'ils sont confondus avec d'autres dans la caisse du créancier.

175. Cela a lieu dans les payements en marchandises qu'on ne peut présumer être la propriété d'un autre que du marchand dont ils garnissent les magasins, et dont le véritable propriétaire a suivi la foi en les lui confiant, à quelque titre que ce soit.

176. Cela a lieu dans les payements faits en effets de commerce, dont le créancier ne serait porteur qu'en vertu d'un endossement irrégulier ou en blanc, parce que cet endossement vaut procuration pour négocier, et que le payement en effets n'est autre chose qu'une négociation de ces effets (1). Mais il en serait autrement du payement qui serait fait en billets revêtus d'un faux ordre, en ce sens que le débiteur auquel ces effets auraient été transmis n'aurait aucun recours contre les coobligés antérieurs au faux ordre, et que ces coobligés seraient en droit de revendiquer l'effet entre les mains de celui à qui il aurait été donné en payement. Le payement fait en effets ne vaut que ce que valent les billets eux-mêmes, ou plutôt les signatures dont ils sont revêtus.

177. Les observations qui précèdent sur la disposition de

---

(1) C. com., 138.

l'article 1238, qui exige que celui qui paye ait la propriété de la chose avec laquelle il paye, s'appliquent à la disposition du même article, qui exige que celui qui paye avec une chose soit capable de l'aliéner. En général, celui qui a payé ce qu'il devait et avec ce qu'il devait, n'est pas recevable à exercer une action en répétition sous prétexte qu'il aurait mal payé, parce qu'il n'était pas capable d'aliéner la chose donnée en payement : en accomplissant une obligation valable, il n'éprouve aucune lésion. Il ne pourrait en être autrement que si l'incapable, débiteur d'une chose déterminée seulement par son espèce, ou dont la détermination dépendrait d'une option, prétendait avoir payé soit autre chose, soit plus ou mieux qu'il ne devait : son incapacité lui donnerait alors le droit de revenir contre un payement qu'il aurait fait d'une manière préjudiciable à ses intérêts.

178. Il y a une sorte d'incapacité propre aux matières commerciales qui soumet celui qui en est atteint à des règles particulières, quant aux payements qu'il ferait à ses créanciers : c'est la faillite. Nous avons déjà vu (¹) quels sont les payements que le failli peut faire, et quels sont ceux qu'il ne peut pas faire. Il nous suffira de remarquer ici que la nullité de ces payements ne peut jamais être demandée par le failli à l'égard duquel ils sont parfaitement valables, mais seulement par les créanciers auxquels ils causent préjudice en rompant l'égalité qui est dans le vœu de la loi et de l'équité.

179. On peut assimiler jusqu'à un certain point à une sorte d'incapacité, l'empêchement qui résulte pour le débiteur d'une opposition formée entre ses mains par des créanciers de son créancier. Ce cas est prévu par l'article 1242 du Code civil. Aux termes de cet article, « le payement fait par le débiteur

---

(¹) Voy. *sup.*, t. III, n. 269 et suiv

à son créancier au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants : ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier. »

180. Je n'entrerai pas sur cet article dans des explications qui me feraient sortir de mon sujet, je me bornerai à faire observer qu'en matière de lettres de change et de billets à ordre, il ne peut être reçu d'opposition au payement que dans deux cas : le premier est celui où l'effet se trouve perdu ou volé; le second, celui où il devient le gage des créanciers du porteur déclaré en faillite (1). Dans tous les autres cas, toute opposition ou saisie arrêt entre les mains de l'accepteur ou du tiré est formellement interdite, et ne peut faire obstacle au payement. Cette règle, qui est moins une faveur accordée au commerce qu'une nécessité résultant de la nature des lettres de change et de la circulation à laquelle elles sont destinées, est tellement absolue, qu'il a été jugé que le débiteur d'un billet à ordre ou d'une lettre de change n'est même pas tenu d'obtempérer au jugement qui déclarerait la validité d'une saisie-arrêt faite entre ses mains (2).

181. 2° *A qui le payement peut-il être fait?* — Le payement doit être fait au créancier ou à quelqu'un qui le représente, soit en vertu d'un mandat émané du créancier luimême, soit en vertu de l'autorisation de la justice ou de la loi (3). Occupons-nous d'abord du payement fait au créancier.

Le créancier, en ce qui touche le payement, n'est pas né-

(1) C. com., 149.
(2) Cass., 5 avril 1826 (Dev. et Car., 8, 1, 312; Dall., 26, 1, 228).
(3) C. civ., 1239.

cessairement celui avec qui le débiteur a contracté. Le créancier est celui qui, au moment de l'échéance, est propriétaire de la créance. Le payement est même valablement fait à celui qui n'est que le propriétaire apparent de la créance, ou qui n'en a que la possession, si le débiteur a payé de bonne foi, encore que le possesseur de la créance en soit par la suite évincé ([1]).

182. En général, la simple possession du titre ne suffit pas pour que le détenteur ait la possession de la créance et en soit réputé propriétaire. Mais si le possesseur du titre trompe le débiteur sur son identité, et se fait passer pour celui que le titre qu'il représente constitue créancier, le débiteur qui paye de bonne foi est-il libéré?

La question ne peut guère se présenter dans les obligations civiles ordinaires qui ont été contractées directement et sans intermédiaire. Le débiteur connaît le créancier; et si par une erreur inconcevable il payait à un autre, il serait encore plus victime de sa négligence et de sa faute, que de la fraude de celui par lequel il se serait laissé tromper, et il ne pourrait dès-lors se prévaloir d'une bonne foi qui ne serait que de l'incurie.

183. Mais elle peut se présenter en matière commerciale, dans le cas où une personne est chargée de payer à une autre sur l'ordre ou le mandat d'un tiers, comme en matière de lettre de change ou de lettre de crédit.

Scaccia ([2]) examine fort longuement la difficulté, et décide que le payement fait par erreur à celui qui se présente comme étant le propriétaire d'une lettre de change, n'est pas libéra-

---

([1]) C. civ., 1240.
([2]) *De com. et camb.*, § 2, gl. 5, n. 340 et suiv.

toire, quoique le tiré fût de bonne foi, et eût toute raison de croire que le porteur était réellement bénéficiaire de la lettre... *Et ipse Franciscus solverit Romæ illi qui litteras sibi præsentavit, et qui asserebat se esse Marcum, de quo in litteris, et ideò solvit bonâ fide, ex quo ipse cognoverat litteras esse veras et non debuerat suspicari quod litteræ potuerint pervenisse ad alterius manus, præsertim quia creditor qui illas miserat debebat esse cautus ne possint ad manus alterius pervenire* ([1]). Malgré tout ce que ces circonstances avaient de favorable, Scaccia veut que le tiré soit tenu de payer une seconde fois. Il se fonde sur ce que la dette contractée envers le bénéficiaire de la lettre de change n'est pas une dette d'un corps certain, mais une dette *generis seu quantitatis*, ou d'une somme d'argent; et sur ce qu'il y a cette différence entre ces deux espèces de dettes, que si la perte d'un corps certain, à laquelle peut être assimilé le payement fait par erreur, libère le débiteur, il en est autrement de la perte, et conséquemment du payement fait par erreur d'une chose déterminée seulement par son espèce et sa quantité, parce que cette chose ne périt pas; de telle sorte que le payement erroné d'une pareille quantité de la même espèce n'empêche pas le débiteur d'être encore redevable envers le créancier: *Quia justa causa credendi eum cui debitor solvit esse creditoris procuratorem, excusat debitorem si est debitor certæ rei seu speciei; secus si est debitor in genere seu quantitate; nam sicut debitor certæ speciei interitu rei debitæ, non interveniente dolo vel culpâ, itâ etiam liberatur traditione rei, factâ bonâ fide, secus est quando solvitur certa pecuniarum quantitas* ([2]).

([1]) *Ibid.*, n. 341.
([2]) *Ibid.*, n. 342.

Cette opinion fut adoptée par Jousse [1] et par Pothier [2]; et il paraît que dans la pratique de l'ancien droit, la règle du commerce était qu'un tiré ne devait pas payer une lettre de change au porteur qui la lui présentait, lorsqu'il ne le connaissait pas, sans se faire certifier qu'il était réellement celui à qui la lettre de change était payable [3]. D'après Jousse, il y avait des arrêts en ce sens.

Quelle que soit la déférence due à Scaccia et à Pothier, je ne puis m'empêcher de dire que dans mon opinion, ils ont fait faire fausse route à la jurisprudence, qui a obéi à leur impulsion. L'assimilation qu'ils établissent entre la perte de la chose due, et le payement fait par erreur à celui qui dit être le créancier, *qui asserit se esse Marcum*, n'a rien d'exact. Sans doute, quand la chose due n'est déterminée que par son espèce et sa quantité, la perte d'une pareille quantité de choses de la même espèce ne libère pas le débiteur. Je dois mille écus, on me vole pareille somme dans mon secrétaire ; je n'en dois pas moins mille écus : cela est sans difficulté.

Mais je dois une lettre de change de mille écus à l'ordre de Paul, que je ne connais pas; elle m'est présentée par un individu qui dit être Paul, et à qui je la paye; bien évidemment je ne suis pas dans la même position que si les mille écus m'avaient été volés dans ma caisse ou que je les eusse perdus; loin de là, l'emploi que j'en ai fait les a déterminés, et en a fait un corps certain. La question de savoir si cet emploi me libère vis-à-vis du véritable propriétaire de la lettre de change, ne dépend donc en rien de la nature de la chose

---

(1) Sur l'article 4 du titre *Des lettres de change* de l'ordonnance de 1673, n. 1.

(2) *Du contrat de change*, n. 168.

(3) Pothier, n. 169.

due; elle ne dépend que des circonstances qui ont accompagné le payement, c'est-à-dire de ma bonne foi, de ma faute ou de ma négligence, ainsi que de la faute du véritable propriétaire. Et on ne peut pas plus prétendre que le payement d'une chose déterminée seulement par son espèce et sa quantité fait à celui qui dit faussement être le créancier, n'est jamais libératoire, qu'on ne serait fondé à dire que le payement fait dans les mêmes circonstances d'une chose déterminée ou d'un corps certain, libère toujours le débiteur, et le dispense de tenir compte au véritable créancier de la valeur de la chose due.

Il faut donc, pour résoudre la difficulté, balancer les devoirs réciproques du créancier et du débiteur.

Le devoir d'un créancier est de surveiller ses intérêts. Si donc une lettre de change est volée à son propriétaire, ou si elle est perdue, le devoir du créancier est d'en prévenir le débiteur avant l'échéance, afin que celui-ci ne la paye pas. S'il ne prévient pas le débiteur, celui-ci, dont l'attention n'est pas éveillée, qui sait d'ailleurs que la lettre de change est destinée à circuler et qu'il importe que le payement n'en soit pas retardé, ne commet aucune imprudence en la payant de bonne foi à celui qui la lui représente à l'échéance et qui l'acquitte du nom de celui à l'ordre duquel elle est passée. Mais d'un autre côté, le devoir du débiteur est de ne payer qu'à l'échéance, et de ne pas se dessaisir des deniers, tant que le véritable propriétaire est en temps utile pour signaler la fraude et former opposition au payement. Se dessaisir plus tôt serait une imprudence dont il devrait être responsable.

Ces considérations, aussi puissantes au point de vue du droit pur qu'au point de vue de l'intérêt du commerce, ont entraîné les auteurs du Code, qui ont formulé dans les arti-

cles 144 et 145, un système entièrement opposé à celui de Scaccia et de Pothier. L'article 144 porte que celui qui paye une lettre de change avant son échéance, est responsable de la validité du payement; et l'article 145 ajoute que celui qui paye une lettre de change à son échéance et sans opposition, est présumé valablement libéré. Il suit donc de ces deux dispositions, comme de la nature des choses, que le propriétaire d'une lettre de change à qui le titre est soustrait ou qui l'a perdu, est dans son tort si avant l'échéance il ne forme pas opposition entre les mains du tiré ou du débiteur; et qu'au contraire c'est le débiteur qui est dans son tort, si quand une lettre de change lui est présentée avant l'échéance, il ne vérifie pas les droits et l'identité du porteur. Dans ce dernier cas, le débiteur ne peut invoquer aucune présomption de bonne foi, tandis que dans le premier cas, sa bonne foi est présumée; de telle sorte que c'est au véritable propriétaire, au préjudice duquel l'effet a été payé à son échéance, à prouver que le débiteur a payé de mauvaise foi (¹).

184. S'il s'agissait d'un titre sans échéance fixe, par exemple d'une lettre de crédit, *de litteris commendatitiis, vel credentialibus*, c'est d'après les circonstances qu'il faudrait décider si le correspondant auquel elle est adressée a payé de bonne foi le porteur qui s'en est dit propriétaire, et si le véritable propriétaire a quelque tort à se reprocher. Suivant Ansaldus, le correspondant qui paye de bonne foi à celui qui lui représente la lettre, et sur l'identité duquel il ne peut raisonnablement avoir aucun soupçon, est libéré : *Nisi mala fidei suspicio ex qualitate personæ intercedat, non tenetur debitor facere aliam diligentiam* (²), pourvu toutefois qu'il re-

(¹) M. Locré, sur l'art. 145 code com.
(²) Disc. 24, n. 16.

tienne par devers lui la lettre sur la représentation de laquelle il a payé, *sed retinendo litteras apud se*, parce que cette rétention seule prouve qu'il a payé sur la représentation du titre et à celui qui en était porteur.

185. Cette rétention est également nécessaire, et par la même raison, lorsqu'il s'agit de lettres de change.

186. Quand celui qui est porteur d'un titre de créance ne se présente pas comme étant celui au profit duquel l'obligation a été contractée, mais comme cessionnaire, il doit justifier de la transmission de la propriété à son profit.

La propriété des créances se transmet comme celle de tous les autres biens, par l'effet des obligations. On donne le nom de transport ou de cession à la transmission de propriété des créances ordinaires. Dans ce cas, c'est l'acte de cession qui constitue le droit du cessionnaire, et lui donne qualité pour recevoir.

Les obligations à ordre se transmettent par voie d'endossement.

Quand la créance est au porteur, la cession s'opère par la remise du titre.

Le payement est donc régulièrement fait au cessionnaire d'une créance, puisqu'il a en sa faveur un titre qu'il n'est pas permis de discuter, soit qu'il s'agisse de la cession d'une créance ordinaire, par acte distinct et séparé, soit qu'il s'agisse d'une cession commerciale par voie d'endossement.

187. Toutefois, dans ce dernier cas, il faut remarquer que lorsqu'une lettre de change a été faite en plusieurs exemplaires, et qu'il se présente plusieurs porteurs, le tiré, qui n'a revêtu aucun des exemplaires de son acceptation, est libéré en payant le premier qui se présente. Et si, nonobstant ce premier payement, il payait encore par erreur les autres exemplaires, il aurait un recours en garantie contre le tireur

qui l'aurait induit en erreur en mettant plusieurs exemplaires dans la circulation, à moins que chaque exemplaire ne fit mention qu'il est par première, seconde ou troisième, etc., et que le payement de l'un des exemplaires annulera les autres ([1]).

Si au contraire le tiré avait accepté sur l'un des exemplaires faits par première, seconde ou troisième, il ne serait libéré qu'en payant au porteur de son acceptation ([2]). S'il payait au porteur d'un exemplaire non accepté, le porteur de son acceptation pourrait le contraindre à payer une seconde fois. Le tiré ne serait même pas libéré en payant au porteur d'un exemplaire revêtu d'une acceptation émanant d'une personne indiquée pour payer au besoin, s'il n'était pas établi d'ailleurs que ce besoin avait mandat du tiré pour accepter. C'est ce qui a été jugé par le sénat de Gênes le 12 mai 1838, dans l'espèce suivante :

Martini, négociant à Civita-Vecchia, avait tiré une lettre de change par première et seconde sur les frères Piacenza de Turin, payable au domicile de la maison Carignani à Gênes. Les deux exemplaires ayant été mis en circulation, furent acceptés, le premier par la maison Carignani, le second par les frères Piacenza tirés. A l'échéance ceux-ci refusèrent de payer le premier exemplaire, et ne voulurent payer que le second. Un procès leur fut alors intenté par le porteur du premier exemplaire, dont les prétentions furent repoussées par l'arrêt précité du sénat de Gênes : « Considérant qu'il n'est ni justifié, ni même allégué que la maison Carignani eût reçu un mandat exprès ou tacite des frères Piacenza pour accepter la lettre de change tirée sur eux ; qu'il faut dès-lors reconnaître que l'acceptation de la maison Cari-

---

([1]) C. com., 147.
([2]) C. com., 148.

gnani doit être considérée comme une simple acceptation de l'élection de domicile, et un aveu de l'existence entre ses mains des fonds nécessaires au payement de la lettre de change, ce qui ne dispensait pas le porteur de l'acceptation du tiré, c'est-à-dire des frères Piacenza; que, dès-lors, aucune cause légitime de préférence ne pouvant être invoquée en faveur du premier exemplaire, les tirés devaient payer sur le second qui était revêtu d'une acceptation régulière... » [1].

188. Du reste, il est à remarquer qu'aux termes de l'article 148 du Code de commerce, le tiré qui paye une lettre de change sur un exemplaire non accepté ou qui ne retire pas l'exemplaire revêtu de son acceptation, ne reste débiteur du montant de l'effet qu'envers le tiers porteur de son acceptation; d'où il suit qu'il est libéré envers le tireur qui lui aurait fourni la provision, non pas précisément des obligations qui naissent de l'acceptation de la lettre de change, mais bien de l'obligation de lui restituer la provision comme s'il ne l'avait pas employée. Cette distinction résulte fort clairement des travaux préparatoires desquels est sorti cet article 148. Le projet de la commission portait d'une manière indéfinie que celui qui paye sur un duplicata sans retirer la lettre où se trouve son acceptation n'*opère pas sa libération*. Dans ses observations sur ce projet, la cour d'appel d'Orléans proposa de limiter l'effet de la disposition au porteur de la lettre acceptée. Elle disait : « Celui qui paye une lettre de change sur une seconde, troisième, sans retirer celle sur laquelle se trouve son acceptation, opère sa libération envers le tireur; il demeure seulement garant des poursuites qui pourraient être dirigées contre celui-ci par un tiers porteur de la lettre acceptée, sauf le recours qu'il au-

[1] Mantelli, *Giurispr. del Codice di comm.*, t. I, p. 371.

rait lui-même à exercer contre celui qui aurait reçu le montant de la deuxième ou troisième ([1]). » C'est sur cette observation que dans la rédaction définitive, on a limité la portée de l'article 148, en disant que le payement, fait dans les circonstances auxquelles il se rapporte, n'opère pas la libération du tiré *à l'égard du tiers porteur de son acceptation.* L'obligation de garantie envers le tireur, que l'acceptation et la provision imposent au tiré, continuent cependant de subsister; mais le tiré est libéré de l'action directe que le tireur prétendrait exercer contre lui sous prétexte qu'en payant à un autre qu'au porteur de l'exemplaire accepté, il n'a pas fait de la provision l'emploi qu'il devait en faire. Et cela est juste, car d'une part tant que l'exemplaire accepté n'est pas acquitté, l'accepteur reste soumis à toutes les actions qui résultent du contrat de change, conséquemment à l'action en garantie du tireur qui lui avait fourni la provision, et contre lequel le porteur a conservé son action; et d'autre part, le tiré qui a déjà payé un autre exemplaire de la même lettre de change a réellement payé la lettre de change à laquelle la provision était destinée : de telle sorte que si l'erreur qu'il a commise le rend responsable vis-à-vis du tireur, des conséquences de cette erreur, et le force ainsi à le garantir vis-à-vis du porteur de l'acceptation, il demeure affranchi de toute action directe en répétition de la part du tireur envers lequel il n'est plus redevable des fonds destinés et employés au payement de la lettre de change.

189. Le payement, avons-nous dit, doit être fait au cessionnaire de la créance : mais quand l'acte de cession est faux, le payement fait de bonne foi par le débiteur au cessionnaire frauduleux est-il libératoire?

([1]) *Observ. des cours d'appel*, t. I, p. 230.

L'affirmative ne souffre aucun doute en matière d'effets négociables par voie d'ordre ou d'endossement, pourvu toutefois que le payement ait été fait à l'échéance et sans opposition. C'est ce qui résulte des articles 144 et 145 du Code de commerce dont la disposition très générale s'applique non-seulement au cas où le porteur prétendrait faussement être la personne dénommée dans le corps de l'effet, ou dans l'endossement, *de quo cantat mandatum*, mais encore au cas où l'endossement en vertu duquel le porteur se présente serait entaché de faux ([1]). Sur ce point l'ancien droit suivait également des errements contraires, bien que la validité du payement eût été admise par plusieurs auteurs, notamment par Ansaldus ([2]).

190. Mais il y a plus de difficulté en ce qui touche les créances dont la cession exige un acte séparé et distinct. A cet égard, je pense, avec M. Zachariæ ([3]), que la question, qui se réduit à celle de savoir si le porteur d'un faux acte de cession, peut être considéré comme propriétaire de la créance cédée, doit, à moins de circonstances particulières de nature à motiver une solution différente, être décidée négativement. Les créances ordinaires n'étant pas destinées à la circulation des effets négociables, il est plus facile de vérifier la sincérité d'un acte de cession soumis à des formalités qui servent de moyen de contrôle, que celle des endossements qui couvrent une lettre de change ; et d'un autre côté, comme dans l'échéance d'une obligation ordinaire, il n'y a rien d'aussi rigoureux que dans l'échéance d'une obligation à ordre; comme l'acte de cession d'une obligation or-

---

([1]) Voy. *sup.*, n. 185.
([2]) Disc. 24, n. 17.
([3]) T. II, p. 359, note 9.

dinaire, doit être notifié au débiteur cédé, celui à qui on présente un acte de cession a le temps de la réflexion, et pourrait être facilement présumé dans son tort, si, avant de payer, il ne s'était pas renseigné auprès du cessionnaire pour s'assurer de la réalité et de la sincérité de la cession.

191. Nous avons vu que lorsqu'une créance est au porteur ([1]), la cession s'en opère par la seule remise du titre. Le payement est donc régulièrement fait au possesseur d'un billet au porteur, parce que la possession d'une obligation de cette nature emporte présomption de propriété. Et il en serait ainsi alors même qu'il s'agirait, non pas précisément d'un billet au porteur, mais d'un mandat adressé à un correspondant avec prière de payer au porteur. Le payement fait de bonne foi au porteur du mandat serait libératoire, bien qu'en définitive, ce tiers ne fût pas propriétaire et n'eût qu'une possession frauduleuse. ***Quando mandatum de solvendo liberè fit, alio nomine non expresso, exhibitori seu portatori chirographi et quem in curiâ nuncupamus*** pagarò à chi portarà il presente, ***et tunc nemo dubitat solventem portatori liberari*** ([2]).

192. Telles sont les règles relatives à la validité du payement fait au créancier véritable ou apparent. Remarquons, du reste, que le payement, bien que fait dans les conditions qui précèdent, n'est libératoire que si le créancier réel ou apparent est capable de recevoir. Ainsi, un mineur non émancipé, une femme mariée non autorisée par son mari, un failli, ne peuvent généralement recevoir un payement.

Néanmoins, le mineur émancipé, ayant l'administration de ses biens, peut recevoir seul et sans l'assistance de son curateur, les créances relatives à cette administration ; et s'il est

---

([1]) Voy. *sup.*, n. 186.
([2]) Ansaldus, *disc.* 24, n. 15.



autorisé à faire le commerce, il peut également recevoir toutes celles qui sont relatives à son commerce pour lequel il est réputé majeur ([1]).

Il en est de même de la femme marchande publique qui peut donner seule quittance de toutes les sommes qui lui sont dues, par suite du commerce qu'elle est autorisée à faire ([2]).

Quant au failli, son incapacité n'étant pas absolue, mais seulement relative à l'intérêt de ses créanciers ([3]), il en résulte que le payement qui lui est fait est valable en ce qui le regarde, et libère son débiteur, en ce sens que celui-ci est à l'abri de toutes poursuites de la part du failli; mais il ne libère pas le débiteur vis-à-vis des créanciers du failli, qui peuvent toujours agir contre lui pour le contraindre à lui payer une seconde fois ce qu'il a induement payé une première entre les mains du failli ([4]).

193. Il faut observer au surplus, que si la chose payée avait tourné au profit du créancier incapable qui l'a reçue, le payement deviendrait valable ([5]), puisqu'il serait souverainement injuste qu'un mineur ou une femme mariée se fissent payer une seconde fois ce dont ils auraient profité une première : la faculté donnée à un incapable de faire déclarer nul le payement qu'il a reçu est un moyen de l'empêcher de perdre, mais ne doit pas être un moyen de bénéfice.

Par la même raison, si les créanciers d'un failli avaient profité du payement irrégulièrement fait à leur débiteur, ils

---

([1]) C. civ., 487. Voy. *sup.*, t. III, n. 97 et suiv., et *inf.*, n. 205.
([2]) Voy. *sup.*, t. III, n. 174 et 341, et *inf.*, n. 206.
([3]) Voy. *sup.*, t. III, n. 258.
([4]) Casaregis, *disc.* 155, n. 30.
([5]) C. civ., 1241.

ne seraient pas recevables à en demander la nullité (¹).

194. Occupons-nous maintenant du payement fait à celui qui a pouvoir de recevoir pour le créancier, et d'abord du payement fait à celui qui tient ses pouvoirs du créancier; nous nous occuperons ensuite de celui qui tient ses pouvoirs, soit de la loi, soit de la justice (²).

Le mandat conventionnel, par lequel le créancier donne pouvoir à un tiers de recevoir le payement qui lui est dû, peut être exprès ou tacite; il peut être donné en termes généraux pour toutes sortes d'affaires, *omnium gestorum*, ou être spécial pour le payement qu'il s'agit de recevoir.

Quand le pouvoir est exprès et spécial, il ne peut y avoir aucune difficulté sur la validité du payement fait au mandataire, qui est alors la représentation exacte du créancier, et qui incontestablement a, suivant l'expression des anciens auteurs, *legitimam personam ad recipiendum* (³). Il en est ainsi spécialement dans le cas où celui qui doit toucher pour le créancier est indiqué dans l'obligation même, et est d'un commun accord constitué mandataire à l'effet de recevoir le payement, *adjectus solutionis gratiâ* (⁴). C'est ce qui a lieu, par exemple, quand, pour la commodité du débiteur et du créancier séparés par de longues distances, il est convenu que le débiteur se libérera entre les mains d'un tiers désigné au contrat. Mais, dans ce cas, ce tiers étant en quelque sorte le mandataire du débiteur, aussi bien que celui du créancier, ne peut être révoqué par l'une des parties sans le consentement de l'autre, quoique d'ailleurs sa faillite mette

(¹) Voy. *sup.*, t. III, n. 240.
(²) C. civ., 1239.
(³) Scaccia, § 2, gl. 5, n. 23.
(⁴) Voy. le traité de Straccha *De adjecto*.

fin à son mandat, comme s'il s'agissait d'un mandat ordinaire et révocable à volonté [1].

195. Quand au contraire le pouvoir est tacite ou général, on peut mettre en question, soit son existence, soit sa portée; mais c'est alors une question de fait plus qu'une question de droit.

Une des manières les plus ordinaires de donner un mandat tacite à l'effet de toucher une somme due, c'est de remettre au mandataire les titres en vertu desquels la somme est due. Mais il faut, pour qu'il en soit ainsi, qu'il apparaisse, d'après les circonstances, que les titres et pièces ont été remis au mandataire dans le but de l'autoriser à recevoir ce qui est dû. Il en serait autrement si les circonstances concomitantes annonçaient que cette remise a eu un autre objet.

C'est ainsi que la seule remise des pièces à l'avoué ou à l'agréé chargé de former une demande en payement contre le débiteur n'emporte pas le pouvoir de toucher la somme due, soit avant, soit après le jugement, parce que, dès qu'il y a nécessité de former une demande en payement, la remise des pièces au mandataire *ad lites* ne peut, dans l'intention du créancier, s'appliquer à un mandat dont il n'y a pas lieu de faire usage [2].

196. Mais il en est autrement de la remise du titre à l'huissier qui va de la part du créancier, soit pour faire un commandement de payer, soit, à défaut de payement, pour mettre le titre à exécution, s'il est exécutoire. Par cette remise, l'huissier est autorisé à toucher, parce qu'en se présentant au débiteur, il ne peut faire acte de son ministère qu'autant

---

(1) M. Toullier, t. VII, n. 24.
(2) Pothier, n. 477.

que le débiteur ne paye pas. Il a dès-lors qualité pour recevoir le payement qui lui est offert (1).

Suivant M. Duranton, si le titre remis à l'huissier n'était pas en forme exécutoire, par exemple si c'était un billet à lui remis pour donner assignation au débiteur, le payement ne lui serait pas valablement fait tant qu'il n'aurait pas l'expédition en forme d'un jugement de condamnation (2). Je ne saurais approuver cette restriction. Dans un cas comme dans l'autre, l'huissier se présente en qualité de mandataire pour faire, si le débiteur ne paye pas, telles poursuites que de droit; et pour preuve de son mandat, il représente le titre. Que ce titre soit exécutoire ou qu'il ne le soit pas, peu importe, puisqu'en vertu de ce titre l'huissier peut toujours se livrer à des actes de son ministère. Aussi n'a-t-on jamais élevé de doutes sur la qualité de l'huissier porteur d'un effet de commerce qui se présente pour le protester en cas de non payement (3).

Toutefois, il faut remarquer que l'huissier chargé de poursuivre un débiteur, n'a pouvoir de recevoir le payement de la dette que dans le temps où il instrumente. Ainsi, il a été jugé que le payement est nul à l'égard du créancier, quand il a été fait à l'huissier à une époque où les poursuites étaient suspendues par une opposition, et lorsque d'ailleurs le créancier avait constitué avoué avec élection de domicile chez cet avoué (4).

197. La remise d'une facture acquittée, à un commis que le vendeur envoie pour en toucher le montant, donne pou-

---

(1) Pothier, *ibid.*
(2) T. XII, n. 50.
(3) Denizart, v° *Payement*. Cass. 3 déc. 1838 (Dev. 39, 1, 339).
(4) Colmar, 25 janv. 1820 (Dev. et Car., 6, 2, 194; Dall., 9, 13).



voir au commis de recevoir le payement. Un usage constamment suivi, surtout dans la pratique du commerce de détail, ne permet d'élever aucun doute à ce sujet. *Solutio facta famulo, vel juveni creditoris qui erat solitus mitti a creditore ad exigendum, valet*, dit Casaregis, *præcipuè stante consuetudine solutionem faciendi juvenibus mercatorum* (¹).

198. Le mandat de recevoir peut être encore tacitement donné lorsqu'il est la conséquence du mandat de faire un contrat qui constitue le mandant créancier de celui avec qui le mandataire a contracté. La question de savoir si d'un mandat de contracter résulte le pouvoir de toucher ce qui sera dû en vertu du contrat, doit alors recevoir des solutions diverses, selon les hypothèses dans lesquelles elle se présente.

Ainsi, on s'est demandé si le pouvoir de louer ou de vendre, emporte pouvoir de toucher le prix de la location ou de la vente. La question est fort contreversée entre les auteurs qui ont écrit sur le droit civil pur. Barthole et Fachin (²) se sont prononcés pour l'affirmative. Wissembach (³) avait au contraire embrassé la négative, et son opinion a été suivie par Pothier, qui la considère comme plus plausible, et qui se fonde principalement pour décider ainsi, sur la loi 1, § 12, ff. *de exercit. act.*, où il est dit que celui qui n'est préposé sur un vaisseau que pour faire avec les passagers le marché de leur passage, n'a pas pouvoir d'en recevoir le prix (⁴). Mais en supposant que cette opinion dût prévaloir dans les matières civiles, il en serait autrement dans les matières commerciales. En effet, Pothier reconnaît lui-même qu'il peut se

---

(¹) Disc. 59, n. 4 et suiv.
(²) II, contr. 94.
(³) Sur le digeste, *De solut.*, n. 14.
(⁴) *Des oblig.*, n. 477.

trouver des circonstances dans lesquelles celui qui a pouvoir de vendre, est présumé avoir le pouvoir de recevoir le prix. « Par exemple, dit-il, s'il y avait dans une ville certains revendeurs publics qui fussent dans l'usage de porter dans les maisons les choses qu'on veut vendre et d'en recevoir le prix des acheteurs : en remettant à une de ces personnes une chose pour la porter vendre, je suis censé lui avoir aussi donné pouvoir d'en recevoir le prix (1). »

Or, les circonstances dont parle Pothier se rencontrent habituellement dans le commerce, où la promptitude des affaires est une nécessité, et où il est permis dès-lors de présumer que celui qui a le pouvoir d'entamer une affaire et de la conclure, a en même temps le pouvoir d'en réaliser les résultats, lorsqu'ils sont immédiats et que le payement doit suivre de près la vente ou la location.

199. C'est pourquoi le commis qui, dans une maison de commerce, est chargé de vendre, a pouvoir de toucher le prix des choses qu'il vend, à moins de circonstances particulières, qui indiquent qu'il n'est préposé que pour la vente, et qu'un autre est préposé pour la recette : *Institori etiam tacitè præposito liberatur*, dit Ansaldus (2).

200. Il en est de même de celui qui est préposé à la location des places dans une entreprise de transport par terre ou par eau : tant que rien ne vient démontrer le contraire, il est présumé avoir mandat non-seulement pour louer, mais encore pour toucher le prix de location. On doit prendre ici le contrepied de la loi romaine citée par Pothier, et qui était

(1) *Ibid.*
(2) Disc. 23, n. 26. — ....*Famulo aut aliæ personæ.* Disc. 24, n. 18. — Voy. *sup.*, n. 197.

très probablement fondée sur des habitudes qui ne sont plus les nôtres.

201. Le pouvoir de vendre emporte même nécessairement le pouvoir de toucher le prix, dans les ventes commerciales faites par l'entremise d'un commissionnaire. La raison en est que le commissionnaire agissant en son propre nom pour le compte de son commettant, est, à l'égard l'acheteur, le véritable vendeur, et le seul par conséquent à qui l'acheteur puisse payer le prix. C'est ce qui fait dire à Casaregis qu'on paye valablement à celui avec qui on a contracté, bien que le contrat ait été fait dans l'intérêt d'un tiers : ***Restitutio sive solutio fieri debet ei a quo accepta fuit pecunia vel res, aut cum quo fuit initus contractus, licet pecunia ad alterum spectet.*** [1] — ***Solvens ei cum quo contraxit rectè solvit et liberatur***, dit encore Ansaldus [2].

202. Mais il en est autrement dans les ventes qui se font par l'entremise d'un courtier. Un courtier n'est qu'un entremetteur entre le vendeur et l'acheteur : son office cesse dès que les deux parties ont été mises en rapport, et que le marché est conclu. Le mandat qui lui est donné de vendre n'emporte donc pas le pouvoir de toucher le prix de vente. Cependant il n'y a rien d'incompatible entre ses fonctions et le pouvoir spécial qui lui serait donné de toucher le prix dû au vendeur; il ne serait même pas nécessaire que ce pouvoir fût exprès: il suffirait qu'il résultât des circonstances. C'est ainsi qu'il a été jugé que le courtier chargé de vendre ou de négocier des effets de commerce, avait été suffisamment autorisé par le vendeur à en recevoir le prix, par cela seul

---

(1) Disc. 30, n. 52.
(2) Disc. 25, n. 41 et suiv.; disc. 27, n. 1 et suiv.; disc. 44, n. 5 et suiv.

que celui-ci les lui avait confiés pour les remettre à l'acheteur revêtus d'un endossement au profit de ce dernier *valeur recue comptant*. Cette mention équivalant à une quittance du montant de la négociation, il est manifeste que le courtier ne pouvait se dessaisir des effets entre les mains de l'acheteur sans en recevoir en même temps la valeur ([1]).

203. On trouve encore un exemple d'une hypothèse où le pouvoir de toucher ce qui est dû en vertu du contrat peut être la conséquence du pouvoir de contracter, dans le cas où un maître-ouvrier a traité avec un entrepreneur d'ouvrage, tant pour lui que pour d'autres ouvriers ou compagnons. Suivant Ansaldus, l'entrepreneur est libéré du prix des journées dues aux autres ouvriers par le payement qu'il en fait à celui avec qui il a traité : *Solvens fabro murario vel lignario cum quo quis contraxit pro constructione ædificii, liberatur, etiam respectu operariorum, licet faber posteà decoxerit vel aufugerit* ([2]). Mais cette opinion est beaucoup trop absolue, et, à moins de circonstances particulières caractéristiques du mandat de toucher le prix des journées dont le maître-ouvrier avait le pouvoir de déterminer le taux, je ne pense pas qu'il ait de plein droit qualité pour recevoir le montant de ce qui est dû aux ouvriers placés sous ses ordres.

204. Je passe aux cas où le pouvoir de recevoir ce qui est dû, est donné par la loi ou par justice.

Le tuteur est le mandataire légal du mineur; le mari est le mandataire légal de la femme.

Le tuteur, ayant l'administration de tous les biens du mi-

([1]) Bruxelles, 29 janvier 1811, Dev. et Car., 3, 2, 404; Dall. 4, 331.
([2]) Disc. 44, n. 23.

neur non émancipé, a qualité pour recevoir toutes les sommes dues à son pupille, et pour en donner quittance ([1]).

205. Quant au curateur d'un mineur émancipé, il ne peut jamais recevoir ni donner quittance pour le mineur, d'une part, parce que le mineur émancipé a l'administration de ses biens ([2]); d'autre part, parce que, dans les choses qui excèdent l'administration, le curateur doit seulement assister le mineur, et ne le représente jamais ([3]).

A plus forte raison si le mineur émancipé était autorisé à faire le commerce, son curateur ne pourrait-il pas recevoir les payements dus au mineur à l'occasion de son commerce, puisque le mineur émancipé qui fait un commerce est réputé majeur pour les faits qui y sont relatifs ([4]).

206. Le mari, étant le mandataire de sa femme pour tous ceux des biens de celle-ci dont il a l'administration, peut recevoir tout ce qui se rapporte à ces biens et en donner quittance ([5]). Quant aux biens dont la femme a l'administration, le mari ne peut intervenir aux quittances que donne la femme que pour prêter l'autorisation qui lui est nécessaire.

Il suit de là que la femme marchande publique n'ayant pas besoin de l'autorisation de son mari pour faire les actes relatifs à son commerce ([6]), et que le mari n'ayant dans aucun cas l'administration du commerce de sa femme ([7]), le mari d'une femme marchande publique ne peut ni recevoir pour elle, s'il n'y est pas autorisé par un mandat particulier, ni intervenir aux payements qui lui sont faits.

([1]) C. civ., 450.
([2]) C. civ., 481.
([3]) C. civ. 482.
([4]) C. civ., 487. — Voy. *sup.*, t. III, n. 97 et suiv.
([5]) C. civ., 1428, 1531, 1549.
([6]) Voy. *sup.*, t. III, n. 174.
([7]) Voy. *ibid.*, n. 341.

207. Quant au mandat donné par justice, on en trouve un exemple remarquable, en matière de faillite, dans celui qui est donné aux syndics (¹); seuls, après la faillite, ils ont qualité pour toucher les sommes dues au failli qu'ils représentent, en même temps que la masse des créanciers. *Si quis debitor solvat alteri quam suo creditori auctoritate judicis, plenissimam consequitur liberationem* (²).

208. Ici se place tout naturellement une observation commune à tous les payements faits à des mandataires supposés : c'est que le payement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable, si celui-ci le ratifie ou s'il en a profité (³).

209. 3° *De la chose donnée en payement.* — S'il s'agit d'une obligation de faire, il est de toute évidence que le débiteur ne peut se libérer en faisant une chose autre que celle qu'il a promis de faire. Il n'y a pas d'équivalents possibles, et tout ici est de rigueur.

210. S'il s'agit d'une obligation de donner, il faut distinguer entre l'obligation de donner proprement dite et le cas où l'obligation de donner consiste dans le payement d'une certaine somme.

Dans les obligations de donner proprement dites, de même que dans les obligations de faire, le débiteur ne peut se libérer qu'en donnant la chose due. Mais ses devoirs sont plus étroits, selon que la dette est d'un corps certain et déterminé, ou d'une chose qui n'est déterminée que par son espèce.

211. Si la dette est d'un corps certain et déterminé, le dé-

(¹) C. com., 462 et suiv.; 468 et suiv. — Voy. *sup.*, t. 3, n. 281.
(²) Rote de Gênes, décis. 33, n. 6.
(³) C. civ., 1239. — Voy. *sup.* n. 193.

biteur ne peut se libérer que par la remise de la chose même qui a fait l'objet spécial de l'obligation. Ici s'applique dans toute sa rigueur l'article 1243 du Code civil, aux termes duquel le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale et même plus grande. Mais comme dans ce cas la propriété de la chose a été transférée au créancier par l'effet de la convention, et que cette translation de propriété a mis la chose à ses risques (¹), il en résulte que s'il est survenu des détériorations à la chose due, le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de cette chose dans l'état où elle se trouve au moment de la livraison, pourvu que les détériorations ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations une mise en demeure n'eût pas fait passer les risques à sa charge (²).

212. Si au contraire la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur n'est pas tenu, pour se libérer, de la donner de la meilleure espèce, mais il ne peut l'offrir de la plus mauvaise (³). A moins de stipulation particulière, la chose offerte doit être d'espèce ou de quantité moyenne, mais toujours loyale et marchande.

213. Quand l'obligation de donner se résout en l'obligation de payer une somme d'argent, il y a des règles particulières.

Le payement d'une dette qui consiste en une somme d'argent, doit être fait en espèces métalliques d'or ou d'argent, ayant cours au moment où le payement est effectué, et d'a-

---

(¹) Voy. *sup.*, t. IV, n. 156 et 160.
(²) C. civ., 1245. —Voy. *sup.*, t. IV, n. 199 et suiv., et *inf.*, sect. 6.
(³) C. civ., 1246.

près leur valeur nominale au jour du payement. Ces conditions de la validité du payement, qui résultent soit de principes que la loi n'a eu qu'à formuler, soit de dispositions législatives qui n'ont pas toujours tenu compte des principes, ont trait d'abord à la nature intrinsèque et spécifique de la chose avec laquelle le payement est effectué, ensuite à la valeur de cette chose. Nous nous accuperons en premier lieu des conditions relatives à la nature de la chose due, et en second lieu de celles qui sont relatives à la valeur de cette chose.

214. Considérée en elle-même, la monuaie métallique n'est autre chose que du métal précieux dont l'autorité publique garantit le poids et le titre. Considérée sous le rapport de son utilité ou de son usage, la monnaie métallique est une marchandise qui sert d'instrument dans les échanges, et qu'on échange de préférence contre toute autre marchandise, parce qu'elle convient indubitablement à tous ceux qui ont d'autres marchandises ou d'autres produits à échanger. La dette d'une somme d'argent est donc spécifiquement de la somme numérique portée au contrat, en espèces métalliques, et non pas d'une valeur égale, en toute autre marchandise, même en lingots, parce que la même valeur en lingots ne présenterait pas la même utilité que la même valeur en numéraire. Il est évident, en effet, qu'avec de la monnaie on est assuré de se procurer les choses dont on a besoin, par un seul échange, c'est-à-dire en échangeant la monnaie contre ces choses, tandis qu'avec des lingots, comme avec toute autre marchandise, il faut deux échanges pour se procurer les choses dont on a besoin, c'est-à-dire qu'il faut d'abord échanger la marchandise contre de la monnaie, puis ensuite échanger la monnaie contre la chose qu'on veut se procurer.

215. Par la même raison, il faut de plus que la monnaie

employée au payement ait un cours légal, c'est-à-dire que l'autorité publique en garantisse le titre et le poids, parce que toute monnaie qui ne porterait pas avec elle cette garantie, et qui aurait besoin d'être vérifiée au moment de chaque échange, ne serait plus que du lingot, et n'offrirait aucun des avantages attachés à la confiance qui suit la monnaie et qui en facilite la rapide circulation ([1]).

216. Il suit de là que le débiteur d'une somme d'argent ne peut s'acquitter avec des signes, qui, dans le commerce, sont représentatifs de la monnaie, tels que lettres de change ou billets à ordre, même actuellement exigibles ([2]). Il ne pourrait même pas contraindre le créancier à recevoir des billets de banque qui, créés pour la commodité du commerce et la facilité des payements, n'ont cependant pas de cours forcé ([3]). Le papier ne remplace l'argent que lorsqu'une loi a créé un papier monnaie assimilé à la monnaie métallique, et auquel il suffit d'ailleurs que la loi commande d'avoir confiance pour que sa valeur soit bientôt dépréciée et pour ébranler le crédit public.

217. De ce que tout payement doit être fait en espèces métalliques ayant cours, il suit qu'un payement, à moins de stipulation contraire, ne peut être fait en monnaies étrangères. L'autorité publique qui donne un cours forcé aux espèces monnayées, n'a d'empire que dans les limites du territoire qui lui est soumis, et ne peut conséquemment, en dehors de ces limites, commander une confiance que les parties ne seraient pas disposées à accorder. Il ne suffirait même pas, pour qu'un payement fût stipulé en monnaies étrangères,

---

([1]) C. pén., art. 475, 11°.
([2]) M. Toullier, t. VII, n. 55.
([3]) Avis du conseil d'État des 12-30 frim. an XIV.

d'exprimer la somme due en monnaies d'un autre pays que celui dans lequel le payement devrait être fait : on ne devrait voir dans cette expression qu'une manière d'énoncer la somme due. Ainsi, dans l'hypothèse d'une lettre de change de 500 florins de Hollande payable en France, il faudrait réduire les florins en francs, et payer les francs en monnaie de France.

218. De même, quand une somme due est exprimée en monnaie de compte, c'est-à-dire en monnaie imaginaire, et qui n'a aucune existence réelle, mais qui représente une quantité convenue de numéraire métallique, le débiteur n'est pas dispensé de payer en monnaie métallique ayant cours dans le lieu du payement : la monnaie de compte doit se réduire en monnaie réelle, et c'est en cette monnaie que le payement s'effectue, tout comme si la somme due avait été exprimée en cette même monnaie.

219. Du reste, et sauf conventions contraires, le débiteur peut se libérer en toute monnaie ayant cours, d'or ou d'argent. Quant aux monnaies de cuivre ou de billon, elles ne peuvent être employées dans les payements que pour l'appoint de la pièce de cinq francs, c'est-à-dire jusqu'à concurrence seulement de 4 fr. 95 c. Telle est la disposition expresse du décret du 18 août 1810 qui n'a fait que suivre à cet égard les errements de l'ancienne législation, sous l'empire de laquelle on décidait cependant, par application des arrêts du conseil des 1er août 1738 et 22 août 1771 que la monnaie de billon ou de cuivre devait être reçue dans les payements pour un quarantième, outre l'appoint (¹).

220. Mais la petite monnaie d'argent, les pièces de

(¹) Cass., 28 mai 1810 (Dev. et Car., 3, 1, 188); M. Merlin, *Quest.*, v° *Payement*, § 3.

cinquante centimes, de un franc et de deux francs, peuvent-elles entrer dans les payements sans aucune limitation de quotité, ou ne doivent-elles y être admises que comme la monnaie de billon, pour appoint de la pièce de cinq francs ?

Un arrêt du conseil du 22 août 1771, voulait que les pièces de six sous, douze sous et vingt-quatre sous, ne pussent entrer dans les payements de six cents livres et au-dessus, que pour un quarantième; et un arrêt postérieur, du 11 décembre 1774, se fondant sur ce que ces pièces sont uniquement destinées aux appoints et aux payements des denrées de peu de valeur, ordonna qu'elles ne pourraient plus entrer dans les payements autrement que pour appoint et en espèces découvertes. Depuis lors, aucune loi ne s'est occupée de la question. M. Toullier ([1]) en conclut qu'il faut s'en tenir à l'arrêt du conseil du 11 décembre 1774, qui ne permet de donner la petite monnaie d'argent que pour appoint. Mais je crois qu'on peut répondre que le système monétaire actuel n'étant plus celui en présence duquel avait été rendu cet arrêt du conseil, l'autorité de cet arrêt a suivi dans sa chute le système avec lequel il se combinait, et qu'il n'y a aujourd'hui aucune limite légale à l'emploi de la petite monnaie d'argent dans les payements. Aucun abus n'est d'ailleurs à craindre, parce que la quantité de petite monnaie jetée dans la circulation n'est pas dans une proportion telle qu'il y ait avantage ou facilité pour les débiteurs à s'acquitter avec des petites pièces. Il y aurait au contraire désavantage, la menue monnaie étant toujours recherchée pour les petits payements que nécessitent les transactions journalières. Aussi l'usage qui s'est introduit d'en donner et d'en recevoir pour une

([1]) T. VII, n. 54.

somme plus forte que l'appoint, n'a-t-il provoqué aucune réclamation, parce qu'il est naturellement arrivé que ce mode de payement a fait les affaires du débiteur et du créancier.

221. Nous l'avons déjà dit : le débiteur peut s'acquitter en monnaie d'or ou d'argent. Cependant comme la monnaie d'or a une valeur commerciale supérieure à celle de la monnaie d'argent, il en résulte que les payements se font ordinairement en argent, parce que le débiteur qui a le choix entre l'une et l'autre monnaie, préfère naturellement s'acquitter avec celle qui lui coûte le moins. Ce droit d'option, qui appartient au débiteur, ne cesse que lorsqu'une stipulation particulière lui impose l'obligation de se libérer avec une monnaie déterminée. *Quando genus pecuniæ exprimitur, tunc nec etiam in diverso genere fieri potest solutio* [1]. « La lettre de change doit être payée daus la monnaie qu'elle indique », dit l'article 143 du Code de commerce; et ce que cet article dit des lettres de change, peut se dire de toutes les obligations.

222. Mais pour qu'il y ait obligation de payer plutôt avec une monnaie qu'avec une autre, il faut une stipulation expresse. On ne pourrait faire résulter cette obligation des circonstances dans lesquelles les parties ont contracté. Ainsi, en matière de prêt, il ne suffirait pas que l'emprunteur eût reçu des espèces d'or pour être tenu de rendre des espèces d'or : il serait libéré en rendant en espèces d'argent la somme numérique qu'il aurait reçue en espèces d'or, parce qu'on doit présumer que le prêteur qui n'a pas exprimé d'une manière formelle qu'il entendait que le remboursement du prêt lui fût fait dans les mêmes espèces que celles qu'il

[1] De Turri, *De camb.*, *disp.* 2, *quæst.* 7, n. 4; l. 99, *ff. De solut.*

a prêtées, a consenti a recevoir la même valeur en espèces différentes, *tantumdem, non idem* [1].

Il ne suffirait même pas, pour être tenu de s'acquitter en or, d'exprimer la somme due sous une dénominution qui n'appartient qu'à des espèces d'or. Ainsi, celui qui reconnaît devoir *cent louis, vingt-cinq napoléons*, peut se libérer en espèces d'argent. Il faut, pour qu'il doive payer en espèces d'or, que son obligation soit conçue dans des termes qui emportent renonciation à une faculté de droit commun, c'est-à-dire qu'elle exprime qu'il payera en or, la somme énoncée en or, *auri in auro*, comme disent les anciens docteurs [2].

223. Mais quand une stipulation expresse a déterminé en quelles espèces le payement devait être fait, le contrat devient la loi des parties, et il n'est pas permis aux juges d'y rechercher par voie d'interprétation une intention contraire à celle qu'expriment les termes de la convention. ***Observatio interpretativa in materiâ monetarum, non attenditur, quando conventio solvendi est clara et litteralis*** [3].

Le débiteur ne pourrait même se dispenser de payer en la monnaie stipulée, sous pretexte de sa rareté. Il doit, suivant Scaccia, s'en procurer à tel prix que ce soit : ***Debitor debet speciem pecuniæ quam debet, emere omni pretio*** [4]. La loi seule aurait la force de modifier son obligation, par exemple si les espèces d'or avec lesquelles il a promis de payer venaient à être démonétisées. Ainsi, celui qui, lorsqu'il y avait encore des louis d'or de 24 et de 48 fr. avait promis de

---

(1) M. Toullier, t. VII, n. 53.

(2) *Verba auri ni in auro significant substantiam, seu ut dicunt, petiam auri effectivi* (Ansaldus, disc. 89, n. 4).

(3) Ansaldus, disc. 88, n. 4. — Voyez aussi Scaccia, § 2, gl. 3 n. 112.

(4) *Ubi sup.*

payer en cette monnaie, exclusivement à toute autre, a pu s'acquitter en espèces d'argent, depuis que les pièces de 24 et de 48 fr. ont été démonétisées. Au contraire, celui qui en recevant des pièces de 24 et de 48 fr. aurait simplement promis de payer en or, serait tenu, après la démonétisation de ces espèces, de s'acquitter en pièces de 20 et de 40 fr. Raphaël de Turri, dans son traité *de cambiis*, cite une loi de la république de Gênes, qui, pour l'année 1640, et sans doute attendu la rareté des espèces d'or, avait autorisé les débiteurs à payer en argent les dettes qu'ils avaient contractées en or ([1]). Quand une pareille loi intervient dans l'exécution des conventions particulières, il faut bien lui obéir; mais son intervention n'en est pas moins fâcheuse, en ce qu'elle vient modifier des conventions où les droits réciproques des parties avaient sans doute été déterminés en connaissance de cause.

En résumé, une obligation de sommes doit être acquittée en espèces métalliques ayant cours, d'or et d'argent, et le débiteur a le choix entre l'or et l'argent, quand cette option ne lui a pas été retirée par la convention.

224. Mais nous avons vu de plus que dans les payements, les espèces métalliques doivent être prises pour leur valeur nominale au jour du payement.

Nulle difficulté à cet égard quand la valeur nominale n'a pas varié entre le jour du contrat et le jour du payement. De quelque manière que la loi ait déterminé cette valeur, que

---

([1]) *Debitor qui solvere tenetur aut vult, nullo alio modo, vià aut re satisfacere potest nisi representatione reali et actuali pecuniæ conventæ, et quidem ejusdem generis, nisi lex illius loci aliter in specie indulgeat, ut Genuæ, ubi scuti aurei poterant et possunt, modo anno* 1640, *solvi scutis argenteis* (De Turri, *De camb.*, *disp.* 1, *quæst.* 1, n. 16).



cette détermination soit exacte ou inexacte, les parties qui ont stipulé en présence de cette valeur ne peuvent, au jour du payement, prétendre la déterminer autrement et rechercher la valeur positive des espèces : c'est une valeur de convention qui a servi de règle quand il s'est agi de fixer la somme due, c'est la même valeur de convention qui doit servir de règle quand il s'agit de payer. Ici le principe de droit public qui investit le souverain du pouvoir exclusif de battre monnaie, c'est-à-dire de certifier le titre et le poids des espèces, et par conséquent d'en indiquer la valeur positive, est d'accord avec l'équité et avec le principe qui fait du contrat la loi des contractants. Il est bien vrai que la valeur relative de la monnaie peut varier commercialement comme celle de toutes les autres marchandises, selon qu'elle est plus commune ou plus rare, c'est-à-dire suivant la loi économique du rapport entre l'offre et la demande, ce qui fait que lorsqu'on stipule une somme à payer à une époque un peu éloignée, on ne sait pas exactement qu'elle valeur on aura à payer. Mais comme il serait fort difficile de déterminer cette valeur relative, et que d'ailleurs l'augmentation ou la diminution de la valeur commerciale de la monnaie est un effet naturel du mouvement des affaires, qui fait courir aux deux parties des chances égales de gain ou de perte, il n'y a aucune raison d'introduire dans les contrats une difficulté d'exécution qui ne répondrait à aucune nécessité juridique ou économique.

225. Quand au contraire la valeur nominale ou légale des espèces monnayées a varié par le fait de la loi, entre le jour du contrat et celui du payement, il en est tout autrement.

Aux termes de l'article 1895 du Code civil, l'obligation qui résulte d'un prêt d'argent n'est toujours que de la somme

numérique énoncée au contrat. S'il y a augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement. Bien que cet article se trouve au titre du *prêt*, les auteurs sont d'accord pour reconnaître que sa disposition est générale, et s'applique à toutes les obligations qui ont pour objet le payement d'une certaine somme convenue au jour du contrat, par exemple, à l'obligation de payer un prix de vente ou de louage, parce qu'il y a identité parfaite entre ces divers cas ([1]). L'esprit de cet article 1895 me paraît être en effet beaucoup plus général que ses termes. Mais, tout en reconnaissant qu'on doit toujours s'y soumettre, je ne puis m'empêcher, économiste et jurisconsulte, de renouveler la protestation des économistes contre le système qu'il consacre, protestation que les jurisconsultes n'ont pas assez entendue.

La monnaie métallique n'est autre chose que du métal dont, au moyen de certains signes, et à l'aide d'une dénomination officielle, l'autorité publique certifie le titre et le poids. C'est ainsi que l'unité monétaire en France est le *franc*, qui est composé de cinq grammes d'argent au titre de neuf dixièmes de fin ([2]). Il suit de là que celui qui se constitue débiteur d'une certaine quantité de francs se constitue en réalité débiteur, non d'une chose abstraite et dont la valeur consiste dans sa dénomination, mais d'un certain poids d'argent à un certain titre. Cela est si vrai, que quelle que soit la cause de l'obligation, le chiffre de la somme due a été déterminé, non à raison de la dénomination officielle des

---

([1]) M. Duranton, t. XII, n. 91; M. Zacchariæ, t. II, p. 361.
([2]) Loi du 7 germ. an XI.

espèces, mais à raison de la valeur intrinsèque de la monnaie indiquée par cette dénomination, et d'après le rapport qui existe entre cette valeur et l'objet du contrat. Bien évidemment si le franc, au lieu d'être de cinq grammes, était de dix, celui qui a promis deux cents francs n'en eût promis que cent, et s'il n'était que de deux grammes cinq décigrammes, celui qui a stipulé cent francs en eût stipulé deux cents; et bien évidemment encore, les bases de la convention eussent été pareillement modifiées, si le franc de cinq grammes ne se fût composé que de cinq dixièmes de fin, parce que le prix nominal des choses se détermine par comparaison avec la valeur intrinsèque des monnaies; et que ce qui s'obtient avec un franc, d'après son poids et son titre actuels, ne coûterait qu'un demi-franc si le franc au même titre pesait le double, et coûterait deux francs si le franc au même titre ne pesait que la moitié. Ce sont là des vérités élémentaires.

Puisqu'il en est ainsi, puisque l'obligation d'une certaine quantité de francs est l'obligation d'un certain poids d'argent à un certain titre déterminé par la dénomination officielle et légale de la monnaie au jour de l'obligation, il faut nécessairement en conclure que si, avant l'époque du payement, la même dénomination officielle et légale vient à être attribuée à des espèces d'un autre poids ou d'un autre titre, le débiteur ne pourra se libérer que par le payement réel et effectif d'une quantité de métal du poids et du titre stipulés, qu'il ne lui suffira pas d'offrir les nouvelles espèces portant la même dénomination, mais n'ayant ni le même poids, ni le même titre, et qu'il ne sera pas tenu de fournir le même nombre d'espèces, si le poids en a été augmenté.

Cependant la règle contraire a été consacrée par l'article 1895 du Code civil, article qui, en disposant que s'il y a eu

augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement, d'après leur dénomination officielle, et sans s'occuper des variations en plus ou en moins qu'aurait subies leur valeur intrinsèque, suppose que les mots valent autant que les choses, ou que les choses ne valent pas plus que les mots.

L'erreur, au surplus, date de loin, et l'article 1895 n'a rien inventé. Le droit romain, lui aussi, voulait qu'on se payât avec des mots et avec des chiffres, aussi bien qu'avec des choses. *In pecuniâ non cogitat quis corpora, sed quantitatem*, disait Papinien ([1]); et quoique le jurisconsulte Paul ait parfaitement compris l'office de la monnaie, qui est de servir d'intermédiaire dans les échanges et de dénominateur commun de la valeur des choses, il n'en commet pas moins l'erreur que cette intelligence eût dû lui faire éviter, de placer l'utilité de la monnaie, non dans sa valeur intrinsèque, mais dans sa valeur numérique ([2]).

([1]) Loi 94, § 1, *ff. De solut.*

([2]) Loi 1, *in pr.*, *De contrah. empt.* — Voici cette loi de Paul : *Origo emendi vendendique à permutationibus cœpit. Olim enim non ita erat nummus; neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facilè concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatis subveniret; eaque materia formâ publicâ percussa, usum dominiumque, non tam ex substantiâ præbet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur.* — Cette loi est aussi curieuse par l'exactitude de l'analyse que renferme sa première partie, que par l'erreur qui en ternit la seconde.

La route ouverte par les jurisconsultes romains a été suivie par plusieurs de leurs interprètes, notamment par Doneau ([1]), par Dumoulin ([2]), et plus récemment par Pothier ([3]), qui, faisant consister la valeur de la monnaie dans la somme numérique qu'elle exprime, en conclut que celui qui paye cette valeur numérique satisfait à son obligation, quoique le prince ait apporté du changement dans les signes qui la représentent, et quoique la monnaie qui a cours au temps du payement soit d'un moindre aloi ou d'un moindre poids, ou qu'étant survenue une augmentation sur les espèces, il en faille, pour parfaire cette valeur, un moindre nombre qu'au jour de l'obligation.

Je regrette d'être obligé de reconnaître que cette manière de voir a été partagée par des auteurs auxquels la pratique commerciale, qui leur était familière, eût dû inspirer d'autres sentiments, et révéler la nécessité d'un système plus juste et plus favorable au crédit. Scaccia ([4]) et Casaregis ([5]) se prononcent pour l'opinion qui met du côté du créancier la perte ou le gain qui résulte de l'augmentation ou de la diminution des espèces, ***tam lucrum quam damnum pertinet ad creditorem***, tandis que ni le créancier ni le débiteur ne devraient être exposés à d'autre perte ou à d'autre gain qu'à

---

(1) ***Pecuniæ numeratæ vis omnis et bonitas, substantia adeo ipsa, est in æstimatione quæ cuique nummo certâ notâ percusso, publicè est indita; nec quidquam est nummus, nisi id quod publicè valet ex quo æstimatur. Consistit enim non naturâ, sed hominum instituto et æstimatione*** (Sur la loi 5, *ff.* ***De reb. cred.***, n. 9).

(2) ***Des contrats, usure, rentes***, etc., n. 286 et 287 du traité français; et n. 701 du traité latin.

(3) ***Du prêt de consommation***, n. 56.

(4) ***De com. et camb.***, § 2, gl. 5, n. 148.

(5) Disc. 60, n. 26. — ***Che il danno e commodo dell' aumento, o deterioramenta della moneta spetti al creditore.***

celui qui résulte du cours naturel des choses, du mouvement des affaires et des prévisions du contrat.

Toutefois, disons-le à l'honneur de la science du droit, elle ne conduit pas fatalement à des résultats aussi contraires à l'équité qu'aux plus simples notions de la valeur des choses; et l'opinion de Doneau et de Dumoulin a été combattue par d'autres jurisconsultes dont le nom n'a pas moins d'autorité, et parmi lesquels figurent au premier rang Vinnius (1) et Cujas (2). Cujas s'exprime à cet égard de la manière la plus précise et la plus juridique en même temps. La valeur numérique ne suffit pas, dit-il, pour la validité du payement; il faut de plus la valeur intrinsèque : c'est même à la valeur intrinsèque qu'il faut s'attacher. *Non satis est in faciendâ solutione, si conveniat numerus : convenire etiam debet qualitas, et quidem prius qualitas spectatur an conveniat, quam numerus, ut in comœdiâ Terentii*, lectum est argentum convenit numerus : *prius qualitatem observat quam numerus.* Et citant avec cette abondance et cet à-propos d'érudition qui ne l'abandonne jamais, ces paroles de Cicéron : *Noscenda est natura auri, non facultas in auro* (3) (attachez-vous à connaître la nature de l'or, et non la puissance qui lui est reconnue) —il en conclut que, nonobstant l'augmentation des espèces, le débiteur ne doit pas rendre moins qu'il n'a reçu, et que, malgré leur diminution, il ne doit pas rendre plus : *Non mirum etiam si aucta sit aureorum potestas sive facultas, si totidem creditori oporteat aureos reddi quot dedit, dissolvendi debiti gratiâ; cum è contrario, si diminuta sit aureorum potestas, nihilhominus debitor liberetur totidem nummos reddendo ejusdem formæ et qualitatis.* Et il confirme cette solution par un

(1) Sur les *Institutes*, liv. 3, tit. 14, n. 12.
(2) Sur la loi 2, § 1, *ff. De reb. cred.*
(3) Lettre 12, à Atticus.

exemple qui prouve que, devançant son siècle, il avait compris que la monnaie métallique n'est autre chose qu'une marchandise..... *Quod in vino etiam mutuo dato servatur, ut quæ mediatio data est eadem reddatur omnino, sive auctum, sive diminutum sit vini pretium.* Cujas revient ailleurs sur la même question (¹); et l'examinant au point de vue du droit moderne, *at quid fiet hâc ætate quâ tot mutationes in pretio nummorum experimur*, il veut que celui qui a prêté des espèces d'or reçoive la même valeur en espèces d'or, sans qu'on puisse tenir compte de l'augmentation dans les espèces qui permettrait au débiteur de payer moins, ou de la diminution qui l'obligerait à payer plus : *Ut enim creditor non cogitur in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus est, ut si nummi hodiè pluris sint, ita nec debitor dare etiam si hodiè minoris sint.*

Telle est également l'opinion d'Ansaldus qui s'appuie précisément sur l'autorité de Cujas (²).

On se rend compte, au surplus, de l'erreur dans laquelle sont tombés Dumoulin et ses adhérents, à une époque où les notions économiques sur la monnaie, entrevues par quelques-uns plus clairvoyants que les autres, étaient pour le plus grand nombre, et même pour des esprits d'élite, dans la plus profonde obscurité. On lit dans la vie de Solon, par Plutarque, que le législateur des Athéniens, pour éteindre en partie les dettes des pauvres, eut recours à une augmentations des mesures et de la valeur des monnaies. « Il feit que la mine d'argent qui paravant ne valait que soixante et treize drachmes en valût cent; de manière que ceulx qui avoyent

(¹) Sur la loi 59, *ff. De verb. oblig.*
(²) Disc. 89, n. 57. — Ansaldus ajoute au texte de Cujas quelques mots qui le rendent plus précis.

à rendre grosse somme de deniers venoyent à payer en estimation et valeur austant comme ils debvoyent, et non pas austant en nombre de pièces; ainsy les debteurs y guaignoyent beaucoup, et les créanciers n'y perdoyent rien ([1]). » Je ne sais si c'est à Solon qu'il faut rapporter l'honneur de cette singulière invention ; toujours est-il que l'exemple qu'il avait suivi ou donné a depuis lors trouvé de nombreux imitateurs; et que les gouvernements modernes, moins pour diminuer les dettes de leurs sujets que pour éteindre leurs propres dettes, ne se sont pas fait faute de recourir à un expédient qui accuse à un degré égal l'ignorance des gouvernants et des gouvernés ([2]), mais dont l'usage ordinaire ([3]) a pu faire illusion sur le droit que le souverain avait d'y recourir, et sur les conséquences de ce droit.

Mais aujourd'hui que les lumières de l'économie politique devraient avoir pénétré, sinon dans les masses, du moins dans les régions où se préparent et où s'interprètent les lois, il est plus difficile de se rendre compte de l'article 1895 du Code civil et des approbations qu'il a rencontrées ([4]). S'il est vrai, comme on n'en peut douter, que la valeur échangeable de la monnaie ne dépende pas de la valeur qui lui est attribuée par l'autorité publique, mais de sa valeur intrinsèque combinée avec la valeur des choses contre laquelle elle peut s'échanger, de telle sorte qu'on obtient avec le franc de cinq grammes le double de ce qu'on obtiendrait avec un franc qui ne pèserait que deux grammes cinq décigrammes, il faut en conclure que la

---

([1]) Traduction d'Amyot, t. I, p. 301.

([2]) Voy. M. Blanqui, *Hist. de l'Économie politique*, t. I, p. 252.

([3]) *Valor monetæ si extrincesè non mutetur, est species miraculi* (Ansaldus, *disc.* 89, n. 14).

([4]) Voy. M. Duvergier, *Du prêt*, n. 169 et suiv.; et M. Troplong, *Du prêt*, n. 230 et suiv.

base de l'art. 1895 est complètement illogique, et qu'on a eu raison de dire que cet article, en supposant que la valeur des espèces métalliques dépend de leur dénomination officielle, a admis toutes les vieilles erreurs des légistes sur la monnaie [1], erreurs qui consistent, non pas précisément à prétendre que le prince peut arbitrairement changer la valeur des monnaies, mais que dans les transactions les parties se préoccupent uniquement de la valeur nominale et non de la valeur intrinsèque.

En objectant en faveur de l'art. 1895 que la loi ne pouvait pas méconnaître et violer elle-même le principe d'ordre public qui veut que la monnaie circule sous la foi de l'autorité souveraine pour une valeur nominale que les sujets sont tenus de respecter, on confond deux hypothèses toutes différentes : celle où la valeur nominale de la monnaie n'a pas varié entre le jour du contrat et le jour du payement, et celle où elle a varié. Dans le premier cas, la valeur intrinsèque de la monnaie n'ayant pas varié se trouve, au jour du contrat et au jour du payement, dans le même rapport avec sa valeur nominale : c'est ce rapport qui a servi de base au contrat et à la détermination du prix ; et on comprend dès-lors qu'il ne serait ni juste, ni convenable que le créancier vînt contester au jour du payement la valeur d'une monnaie qu'il n'a pas contestée, qu'il ne pouvait contester au jour du contrat, et sur laquelle d'ailleurs il a dû régler ses prétentions. De quelque manière donc que la loi ait déterminé ce rapport, l'ordre public est d'accord avec l'équité pour vouloir qu'on ne puisse élever ni doute, ni contestation sur la valeur de la monnaie courante.

Dans le second cas, au contraire, quand les parties étaient

---

[1] M. Rossi, mém. insére dans la *Revue de législation*, t. XI, p. 10.

en présence d'une monnaie au jour du contrat, et qu'au jour du payement elles se trouvent en présence d'une autre monnaie qui, sous la même dénomination numérique, cache une valeur intrinsèque différente, la loi qui, s'interposant entre les parties, les contraint à donner ou à recevoir la monnaie pour sa valeur numérique au jour du payement, modifie arbitrairement les conditions du contrat, et cela sans aucun profit pour son autorité. Car, s'il est naturel que dans les transactions postérieures à ce changement, on soit tenu de donner ou de recevoir la monnaie pour sa valeur numérique légale, parce qu'autrement on ne comprendrait pas le but du changement, il n'y a aucune raison pour contraindre les parties qui ont antérieurement contracté, à ne pas tenir compte dans le payement du changement opéré par l'augmentation ou la diminution de la monnaie; et loin de se mettre en contradiction avec lui-même, en laissant les conventions antérieures s'exécuter selon la loi qui a présidé à leur formation ; loin que son respect pour le passé pût compromettre l'avenir, le législateur, en reconnaissant que lorsqu'il augmente ou diminue les monnaies, elles valent plus ou moins qu'elles ne valaient, et que les obligations antérieures aux changements doivent se solder en conséquence, se serait soumis à un fait à l'autorité duquel il peut sans doute se soustraire, mais qu'il ne dépend pas de lui de supprimer. Si les honorables jurisconsultes qui se sont constitués les défenseurs de l'article 1895 ne comprennent pas cette différence, c'est qu'ils persistent à voir dans la monnaie, non la matière qui lui donne une valeur intrinsèque, mais la dénomination qui lui attribue une valeur nominale, et alors il n'est pas étonnant que nous ne nous entendions plus.

Je demande pardon au lecteur de cette digression trop exclusivement théorique, et qui ne peut porter atteinte à la

force obligatoire de l'art. 1895 du Code civil; il faut soumettre à cet article et reconnaître que dans l'état actuel de notre législation, s'il y a augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée ou stipulée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du contrat ; mais on n'en doit pas moins protester contre une erreur restrospective que notre époque n'aurait pas dû s'approprier.

226. La plupart des auteurs décident même qu'on ne doit pas tenir compte des stipulations par lesquelles il serait convenu que si la valeur légale de la monnaie courante venait à être augmentée par le fait du prince, le créancier serait indemnisé de la perte que cette augmentation de valeur nominale lui occasionnerait ([1]). Cette clause, disent-ils, est contraire à l'ordre public; elle tend à infirmer la volonté du souverain sur le cours légal de la monnaie nationale; elle substitue à la valeur officielle une autre valeur dépendante de l'appréciation des parties ; elle déprécie ou démonétise les espèces frappées à l'effigie du pouvoir souverain ([2]). Mais je préfère l'opinion contraire de M. Duranton ([3]), fondée sur ce que la loi, en supposant que les parties considèrent habituellement la monnaie comme somme, et non comme matière ayant une valeur propre, ne s'oppose pas à ce qu'une

([1]) Voy. Pothier, n. 37 ; M. Duvergier, *Du prêt*, n. 177 ; M. Troplong, *Du prêt*, n. 240.

([2]) L'opinion de Pothier est curieusement motivée : « Le Prince, dit-il, distribuant sa monnaie aux particuliers, pour leur servir de signe de la valeur de toutes choses, elle n'appartient aux particuliers que sous ce regard ; on ne peut donc prêter la monnaie en elle-même mais seulement comme signe de la somme qu'il a plu au prince de lui faire signifier. Par conséquent, on ne peut obliger l'emprunteur à restituer autre chose que cette somme, et toute convention contraire doit être rejetée comme contraire à l'ordre public et à la destination que le prince a fait de la monnaie. » Que d'erreur en peu de mots !

([3]) T. XII, n. 93.

convention particulière et expresse, stipule en vue de la matière et non en vue de la somme numérique, ***non tanquam summa sed tanquam corpora.*** Même en dehors de toute idée économique, la monnaie a une valeur intrinsèque, la valeur d'un lingot, qui peut être prise pour objet d'un contrat, en laissant de côté sa valeur nominale ; et il me semble que c'est pousser bien loin le respect dû à cette valeur nominale, ou plutôt à la loi qui la détermine, que de défendre de considérer une pièce de cinq francs comme un morceau d'argent et de contracter en conséquence. Avec un pareil système, le commerce des matières d'or et d'argent ne serait pas possible.

227. De même, quand on a contracté en une monnaie de compte, ou étrangère, je crois que l'article 1895 du Code civil ne s'oppose pas à ce que le payement soit fait de telle manière, que le créancier reçoive en monnaie courante la valeur exacte et réelle de la monnaie exprimée au contrat. Supposons une lettre de change de cent livres sterling tirée sur France, où la livre sterling est représentée par 25 francs environ, et que depuis la souscription de l'effet, la valeur intrinsèque du franc soit diminuée de moitié : il est évident qu'il faudra alors 50 francs pour faire une livre sterling, et que le payement devra être fait sur ce pied, parce que la somme due étant d'un certain nombre de livres sterling et non pas d'un certain nombre de francs, le créancier a droit à la valeur exacte des livres quel que soit d'ailleurs le nombre de francs nécessaires pour représenter cette valeur. C'est ce que Scaccia exprime très bien, en disant que la monnaie de compte seule est dans l'obligation, ***in obligatione***, et que la monnaie réelle n'est alors qu'un moyen d'acquitter l'obligation, ***in facultate solvendi*** (1); à quoi Casaregis ajoute que

(1) § 2, gl. 5, n. 185.

la monnaie de compte, ayant toujours la même valeur de convention, ne peut recevoir aucune atteinte des variations de la monnaie réelle : *Quia cum hœc tantum reperiatur in obligatione, neque de sui naturâ aliquod patiatur augmentum vel minorationem, sed semper eadem remanet in suo valore imaginario, nihil omnino refert si monetœ specificœ vel realis valor extrinsecus augeatur aut decreseat ob principis superveniens edictum* [1].

228. On s'est encore demandé si la mise en demeure du débiteur, avant le changement survenu dans la monnaie, mettait à sa charge la perte provenant de la diminution, et l'obligeait à tenir compte de cette diminution dans le payement ultérieurement fait au créancier. La plupart des auteurs qui dans l'ancienne jurisprudence soutenaient qu'on ne devait point tenir compte du changement survenu dans les monnaies, Dumoulin [2], Casaregis [3], Scaccia [4], voulaient que dans le cas particulier de la mise en demeure, le risque passât du créancier au débiteur; et sous le Code, M. Duranton a professé la même doctrine [5]. Mais elle me paraît contraire au sens absolu de l'article 1895. Je crois avec M. Duvergier [6] que la mise en demeure avant le changement survenu dans les monnaies, ne peut produire un effet que la loi refuse au contrat lui-même; et que l'article 1895, en disposant que s'il y a eu diminution ou augmentation d'espèces avant l'époque

---

(1) Disc. 61, n. 1 et suiv. — *Quandoquidem, sicut œquitas suadet, debitorem in monetâ imaginariâ posse solvere debitum in genere aliquo reali monetarum sed correspondenti per adœquatam justitiam generi imaginario.* (De Turri, *De camb.*, *disp.* 2, *quœst.* 18, n. 40.)
(2) *De Usuris*, n. 693.
(3) Disc. 61, n. 6.
(4) § 2, gl. 5, n. 147.
(5) T. XVII, n. 575.
(6) *Du prêt*, n. 218.

du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme, dans les espèces ayant cours au moment du payement, ne fait aucune distinction entre le cas où l'échéance est postérieure ou antérieure au changement, et ne considère que le payement, sans s'arrêter aux circonstances qui l'ont retardé.

Espérons au surplus que toutes ces difficultés auxquelles ont jadis si souvent donné lieu les variations des monnaies, ne se représenteront plus, que la science du crédit public a proscrit sans retour des expédients ruineux pour l'État et pour les particuliers, et que l'article 1895 sera une règle désormais sans application.

229. Nous avons vu que le créancier ne peut être contraint de recevoir en payement une autre chose que celle qui lui est due. Mais rien ne s'oppose à ce que le créancier accepte volontairement une autre chose à la place de celle qui forme la matière de l'obligation. Le payement prend alors le nom de dation en payement, *datio in solutum.* La dation en payement a les plus grands rapports avec la vente, *fraternitat cum contractu emptionis et venditionis* (1). La somme due représente le prix, et la chose donnée en payement la chose vendue.

230. De ce que le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que ce qui lui est dû, il en résulte que le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette, même divisible : telle est la disposition précise de l'art. 1244 du Code civil. Une partie de la chose due, même quand il s'agit d'une somme d'argent, est autre chose que la chose due. Néanmoins, ajoute le même article, les juges peuvent, en considération de la position du

(1) Ansaldus, Disc. 86, n. 14.

débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le payement, et surseoir à l'exécution des poursuites. Il suit de là que le juge peut diviser la dette, puisqu'il peut accorder non-seulement *un délai*, mais *des délais*, ce qui suppose évidemment la faculté de déterminer différents termes successifs pour le payement de la dette en autant de parties qu'il y a de termes ou de délais accordés par le juge ([1]).

231. Du reste, il est à remarquer que la règle qui veut que le débiteur ne puisse forcer le créancier à recevoir par parties le payement d'une dette même divisible, ne s'applique qu'au cas où il n'existe qu'un seul débiteur, et non au cas où il se trouve plusieurs débiteurs, alors même que le débiteur eût été unique dans l'origine ([2]). Elle ne s'applique pas non plus au cas où l'obligation a pour objet plusieurs payements successifs, par exemple les intérêts annuels d'un capital. Ainsi, lorsqu'il y a plusieurs annuités échues, le débiteur peut contraindre le créancier à les recevoir séparément, pourvu que ce soit dans l'ordre des échéances. Cependant si le capital était exigible en même temps que l'intérêt, l'intérêt formerait un seul tout avec le capital, et le créancier ne pourrait être contraint à recevoir l'un sans l'autre ([3]).

232. 4° *Quand doit être fait le payement?* — Nous avons déjà vu, en parlant des obligations à terme ([4]), que toute

---

([1]) M. Toullier, t. VII, n. 658; M. Delvincourt, t. II, p. 555; M. Zachariæ, t. II, p. 564, note 7. — Cass., 20 déc. 1842 (Dev., 43, 1, 223); *Contrà*, M. Duranton, t. XII, n. 88; Colmar, 18 août 1816 (Dev. et Car., 5, 2, 186).

([2]) C. civ., 1220.

([3]) C. civ., 1258; Pothier, n. 534 et 539; Delvincourt, t. II, p. 555; M. Toullier, t. VII, n. 69 et 70; M. Zacchariæ, t. II, p. 563 et 564, et notes 2 et 3.

([4]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 406 et suiv.

obligation doit être acquittée à son échéance, c'est-à-dire au terme stipulé, quand l'époque du payement a été déterminé par la convention, ou aussitôt qu'elle a été contractée, quand il n'a pas été stipulé de terme d'exigibilité, à moins que d'après sa nature ou d'après l'usage, l'obligation ne dût être exécutée qu'après l'écoulement d'un certain laps de temps (¹). C'est ainsi que dans certaines places de commerce, quoiqu'une vente soit faite au comptant, l'acheteur jouit d'un délai de quelques jours pour effectuer le payement (²).

233. Aussitôt que l'époque d'exigibilité est arrivée, le créancier peut contraindre le débiteur. Il y a même certaines obligations commerciales, telles que la lettre de change et le billet à ordre dont le porteur doit exiger le payement le jour même de l'échéance, et dont il doit faire constater le non payement dès le lendemain de l'échéance par un acte nommé protêt, sous peine d'être déchu de la plupart des droits que lui confère cette nature d'obligation (³).

234. Le créancier ne cesse d'avoir le droit de poursuivre le débiteur à l'échéance, que lorsque celui-ci a obtenu un terme de grâce. On appelle terme de grâce celui que les juges peuvent accorder au débiteur poursuivi, en considération de sa position et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve (⁴).

En toute matière civile ou commerciale, le débiteur ne peut obtenir aucun délai de grâce, ni jouir de celui qui lui a été accordé, lorsque ses biens sont vendus à la requête d'au-

---

(¹) Voy. *Ibid.*, n. 414.

(²) Tel est l'usage à Gênes, constaté par un jugement du tribunal de commerce de cette ville, du 4 février 1841, rapporté par M. Mantelli, *Giurispr. del cod. di comm.*, t. I, p. 379.

(³) C. com., art. 161 et 162.

(⁴) C. civ., 1244.

tres créanciers, lorsqu'il est en état de faillite ou de déconfiture, lorsqu'il est contumax ou constitué prisonnier, quand il a diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (¹).

235 Mais on s'est demandé si la faculté que l'article 1244 donne aux juges d'accorder des délais modérés pour le payement s'applique aux matières commerciales comme aux matières civiles.

Il faut distinguer entre les obligations commerciales ordinaires et les lettres de change et les billets à ordre.

Quant aux lettres de change et aux billets à ordre, il y a dans les articles 157 et 187 du Code de commerce une disposition expresse qui défend aux juges d'accorder aucun délai pour le payement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.

236. Mais cette exception, qui dans ses termes est loin d'embrasser toutes les matières commerciales, ne les embrasse pas non plus dans son esprit; car si de la nature particulière des lettres de change et des billets à ordre, et de la circulation à laquelle ils sont destinés, résulte la nécessité d'un payement à jour fixe qui ne pourrait pas être différé par les juges sans préjudice pour les tiers, il n'en est pas ainsi des simples engagements non négociables, et des obligations dont l'effet se concentre entre le créancier et le débiteur. On doit faire alors prévaloir le principe qui permet au juge d'accorder au débiteur des délais modérés, avec d'autant plus de raison qu'il est toujours possible au créancier commerçant de tirer sur son débiteur commerçant, et de l'obliger ainsi au payement d'une lettre de change qui devra avoir lieu à l'échéance et sans délai. C'est ce que

(¹) C. proc., art. 124. Voy. *sup.*, t. IV, n. 452, et suiv., et 457.

reconnaissent tous les auteurs qui, avant comme depuis le Code, ont traité des matières commerciales. Jousse [1] dit formellement que les juges-consuls, en condamnant un particulier au payement de ce qu'il doit, peuvent, comme les autres juges, par des circonstances particulières et des considérations d'équité, accorder jusqu'à trois mois de délai au débiteur pour le payement de la somme à laquelle il a été condamné. M. Pardessus [2] tranche la question dans le même sens, sans y voir aucune difficulté; et M. E. Vincens [3] reproduit comme règle générale les termes mêmes de l'article 1244 du Code civil, auquel il n'apporte d'autre exception que celle qui est prononcée par l'article 157 du Code de commerce. Il est vrai que dans le rapport fait au tribunat par M. Favard de Langlade sur le titre des *obligations*, l'orateur, en expliquant la disposition qui est devenue celle de l'article 1244, ajoute « qu'il ne parle pas ici des obligations de commerce qui doivent avoir leurs règles particulières selon la nature des engagements. » Mais il ne faut pas conclure de là que l'article 1244 soit nécessairement et toujours inapplicable aux matières commerciales. Lorsque se préparait le Code civil, le Code de commerce était encore à faire, et le législateur devait naturellement réserver les questions que ce dernier Code était appelé à résoudre [4]. Il résulte de là que si la règle générale du Code civil était soumise d'avance à une exception éventuellement prévue, cette exception, dont l'étendue n'était pas déterminée par le Code

---

(1) Sur le titre 12 de l'ord. de 1673. add. § 4.
(2) *Droit comm.*, n. 183.
(3) *Lég. com.*, t. II, p. 13 et 14. — Voy. encore M. Favard, *Répert.*, v° *Jugement*, sect. 1, § 2, n. 4; M. Carré, *Proc.*, n. 522; M. Thomine-Desmazures, *procéd. civ.*, n. 137; M. Chauveau, sur Carré, *Loc. cit.*
(4) Voy. *sup.*, t. IV, n. et suiv.



civil, doit être renfermée dans les termes du Code de commerce; de telle sorte que si le Code de commerce n'a fait exception que pour les effets négociables, à la faculté qui appartient au juge d'accorder des délais modérés la règle générale du Code civil subsiste pour les autres engagements commerciaux. Les mêmes observations s'appliquent à l'opinion émise par M. Toullier ([1]), qui a copié les termes du rapport de M. Favard, sans tenir compte des circonstances dans lesquelles ce rapport avait été fait, et qui, opposé en principe, même en matière civile, au droit que l'article 1244 donne au juge ([2]), ne pouvait s'y montrer favorable en matière commerciale.

Quant à la jurisprudence, un arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 1842 ([3]) a décidé, en termes exprès, que les juges peuvent en matière commerciale, aussi bien qu'en matière civile, accorder au débiteur des délais pour se libérer; et que les articles 157 et 187 du Code de commerce, qui défendent au juge d'accorder des délais pour le payement des lettres de change et des billets à ordre, ne sont pas applicables aux créances commerciales qui résultent d'un autre titre que d'un effet de commerce, spécialement au solde d'un compte courant.

Il est vrai que plusieurs arrêts antérieurs semblent contraires à l'opinion qui reconnaît au juge la faculté d'accorder des délais en matière commerciale. Mais il est facile, en les examinant de près, de voir qu'ils sont sans autorité sur la question. Ainsi, on ne saurait se prévaloir d'un arrêt de la cour de Colmar du 12 frimaire an XIV ([4]), qui décide que les

([1]) T. VI, n. 661.
([2]) *Ibid.*, n. 657.
([3]) Dev., 43, 1, 223.
([4]) Dev. et Car., 2, 2, 94.

juges civils ne peuvent surseoir à l'exécution d'un jugement rendu en matière commerciale, ce qui est une toute autre question. Un autre arrêt de Colmar du 14 janvier 1806 ([1]), tout en s'appuyant dans ses motifs sur ce qu'on ne peut accorder de délais en matière de commerce, doit encore être écarté, parce qu'il s'agissait, dans l'espèce, de délais accordés pour le payement d'une lettre de change; de telle sorte que le principe mis en avant par cet arrêt restait sans application, ou devait être entendu *pro subjectâ materiâ*. On peut en dire autant d'un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 1812 ([2]). Enfin, il y a un arrêt de la cour de Douai du 13 avril 1814 ([3]), qui, tout en énonçant un motif général sur l'inapplicabilité de l'article 1244, ne saurait non plus être invoqué à l'appui du système contraire à cet article, parce qu'en définitive il se borne à refuser un délai pour le payement d'un dividende de concordat par lequel des délais avaient déjà été accordés au débiteur. On ne peut donc citer aucun monument de jurisprudence directement contraire à la doctrine qu'a justement consacrée l'arrêt précité de la cour de cassation, arrêt qui, fondé sur la distinction entre les obligations négociables, telles que les lettres de change ou les billets à ordre, et les obligations ordinaires, laisse les dernières sous l'empire du droit commun dont l'article 1244 est l'expression, tandis que les premières sont spécialement régies par les articles 157 et 187 du Code de commerce ([4]).

237. Du reste, les dispositions des articles 157 et 187 ne s'appliquent qu'aux lettres de change et aux billets à ordre, ou

(1) Dev. et Car., 2, 2, 108.

(2) *Ibid.*, 4, 1, 131.

(3) *Ibid.*, 4, 2, 284.

(4) Sur le délai de grâce en matière de payement d'un prix de vente, voy. *sup.*, t. IV, n. 596.

aux obligations négociables d'une nature analogue et dont l'échéance est ou peut être déterminée. Ils ne s'appliquent pas aux obligations qu'il est permis de faire à ordre, telles que le contrat à la grosse ou le connaissement, dont l'échéance toujours incertaine, dépend de la fin des risques ou de l'arrivée du navire, et peut par conséquent être reculée par le juge, au moyen de la détermination d'un terme ou d'un délai de grâce, sans aucun inconvénient pour le porteur de l'obligation (1).

238. 5° *Où doit être fait le payement?* — En règle générale, le payement doit être fait au domicile du débiteur (2); c'est-à-dire que le créancier doit aller chercher ce qui lui est dû, et que le débiteur n'est pas tenu de le lui porter. Cette règle est de droit commun, même entre marchands; une convention seule peut y déroger, et il a été jugé qu'il ne suffirait pas pour que le payement dût être fait au domicile du vendeur ou expéditeur de marchandises, que ce vendeur alléguât ses factures, portant, suivant l'usage habituel de sa maison, que le payement aurait lieu à son domicile (3). Il en est surtout ainsi quand il est dit que les marchandises doivent être payées après envoi, arrivée et vérification : c'est alors incontestablement au domicile de l'acheteur ou du débiteur, que le prix doit être payé (4).

239. Du reste, quand un lieu a été convenu pour le payement du prix, c'est dans ce lieu que le payement doit être fait (5). La preuve de cette convention peut résulter des cir-

(1) Emerigon, *Des contrats à la grosse*, ch. 9, sect. 2, § 2.
(2) C. c., 1247.
(3) Lyon, 5 février 1821 (Dev. et Car., 6, 2, 359; Dalloz, 5, 400).
(4) Cass., 4 déc. 1811 (Dev. et Car., 3, 1, 421; Dall., 3, 391).
(5) C. civ., art. 1247. *Loco apposito solutioni, in eo solutio fieri debet.* Scaccia, § 2, gl. 5, n. 194.

constances. Ainsi, lorsqu'une vente est faite au comptant et que le prix en doit être payé par l'acheteur au moment de la livraison ou de l'enlèvement des marchandises, le lieu du payement est manifestement celui où s'effectue la livraison des marchandises ([1]).

240. Les règles qui précèdent sont relatives au cas où il s'agit du payement d'une somme d'argent. Il y en a d'autres pour le cas où le payement consiste dans la remise ou dans la livraison d'un corps certain et déterminé: cette livraison doit se faire, à moins de conventions contraires, dans le lieu où était au temps de l'obligation la chose qui en fait l'objet. Et si cette chose n'était déterminée que par son espèce et si en même temps le contrat ne fixait pas un lieu pour la livraison, le pesage, le mesurage ou le comptage, qui déterminent la chose et en opèrent la livraison, devraient avoir lieu au domicile ou dans les magasins du vendeur ([2]).

241. Pour terminer ce qui regarde le payement en général, il reste à dire à la charge de qui sont les frais du payement. Aux termes de l'article 1248 du Code civil, les frais du payement sont à la charge du débiteur. Si donc le débiteur veut une quittance notariée ou seulement sous seing privé mais sur papier timbré, c'est à lui d'en faire les frais.

242. Mais il ne faut pas confondre avec les frais du payement ceux qui n'ont pour objet que l'intérêt ou la commodité du créancier. C'est ainsi que dans les payements en espèces, ce serait naturellement au créancier à fournir les sacs nécessaires pour contenir les espèces et les emporter : le payement est fait quand le débiteur a compté les espèces au créancier et les lui a remises entre les mains, et les frais d'enlèvement

---

([1]) Scaccia, *Ibid.*, n. 195.
([2]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 175.

et de transport sont dès-lors à la charge du créancier. Mais pour la facilité des payements, un décret du 1er juillet 1809 impose au débiteur d'une somme de 500 fr. et au-dessus, l'obligation de fournir le sac et la ficelle, à la charge par le créancier de payer 15 centimes par sac. Ce décret, qui ne fait que consacrer un ancien usage rappelé par Denisart ([1]) et Guyot ([2]), mais dont l'observation n'était pas générale ([3]), n'ordonne point au créancier de prendre les sacs du débiteur; il ordonne seulement au débiteur de fournir les sacs et la ficelle, si le créancier n'en a pas apporté, en laissant à celui-ci la faculté de s'en pourvoir ([4]).

243. Quand le payement consiste dans la livraison d'un corps certain, les frais d'enlèvement et de transport sont à la charge du créancier, s'il doit prendre livraison chez le débiteur; ils sont au contraire à la charge du débiteur, si celui-ci doit venir livrer chez le créancier ([5]).

Si la chose n'est déterminée que par son espèce, les frais de pesage, mesurage et comptage, sont à la charge du débiteur ([6]).

—

§ II. — *Du payement avec subrogation.*

SOMMAIRE. — 244. De la subrogation. Ses rapports avec la cession de créances. — 245. De la subrogation conventionnelle. .....Faite par le créancier. Elle doit être expresse; mais il n'y a pas de formule sacramentelle, pas plus en matière civile qu'en matière commerciale. — 246. De la subrogation résultant de la cession d'une créance. — 247. De la subrogation faite par le débi-

([1]) V° *Payement*, n. 28.
([2]) *Répert. eod. verb.*
([3]) Tribunal de commerce de Lyon, 5 avril 1809 (Sirey, 9, 2, 291).
([4]) M. Toullier, t. VII, n. 53.
([5]) M. Duranton, t. XII, n. 106. C. civ., 1608.
([6]) C. civ., 1608.

teur. — 248. De la subrogation légale. — 249. ...Au profit du créancier qui rembourse un créancier qui lui est préférable. — 250. ..... Payements faits en matière de faillite par la masse chirographaire à la masse hypothécaire. — 251. Subrogation au profit de celui qui, tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt à l'acquitter. ......Débiteurs solidaires; cautions. — 252 Subrogation du commissionnaire dans les droits du vendeur contre le commettant. — 253. ....Dans les droits du voiturier qu'il a remboursé. — 254. De la subrogation en matière d'assurances terrestres. — 255. De la subrogation en matière de lettres de change. — 256. De la subrogation au profit du payeur par intervention. — 257. .....Au profit de celui qui, porteur d'une lettre de change en vertu d'un endossement irrégulier, l'a négociée et ensuite remboursée. — 258. La subrogation conventionnelle ou légale a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs. — 259. Elle ne peut nuire au créancier.

244. En général le payement éteint la dette, et par conséquent les actions et les droits qui en sont l'accessoire. Il en est toujours ainsi quand le payement est fait par le débiteur lui-même; il en est également ainsi, lorsque le payement est fait par un tiers en l'acquit du débiteur, à moins que par une convention expresse, ou par la volonté de la loi, le tiers ne soit mis à la place du créancier payé, et subrogé dans ses droits contre le débiteur [1].

On peut donc définir la subrogation, une fiction juridique par suite de laquelle une obligation éteinte au moyen du payement effectué par un tiers, est regardée comme continuant de subsister au profit de ce dernier qui est censé ne faire qu'une seule et même personne avec le créancier [2].

Il suit de là d'une part que la subrogation, tout en ayant certains rapports avec la cession ou vente de créances [3], s'en distingue cependant, puisque la cession ne fait que substituer le cessionnaire au cédant, sans toucher à l'existence de la créance, tandis que dans la subrogation, la créance

---

[1] C. civ., 1249.
[2] M. Zachariæ, t. II, p. 370; M. Duranton, t. XII, n. 108.
[3] Voy. *inf.*, n. 246.



que le payement aurait dû éteindre ne continue de subsister que par l'effet de la subrogation ([1]); —et, d'autre part, que quoique la subrogation suppose un changement dans la personne du créancier, elle n'emporte cependant pas novation ([2]), à raison de la fiction d'après laquelle le tiers subrogé est censé ne faire qu'une seule et même personne avec le créancier auquel il succède ([3]).

245. Il y a deux sortes de subrogation : la subrogation conventionnelle, et la subrogation légale ([4]).

La subrogation conventionnelle qui, le nom l'indique, résulte de la convention des parties, et ne pourrait pas s'opérer sans convention, peut être faite, soit par le créancier, soit par le débiteur.

La subrogation est faite par le créancier lorsque celui-ci, recevant son payement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur ([5]). Elle doit alors être expresse; mais il n'y a pas de termes sacramentels. L'article 1250 parle, il est vrai, de subrogation *aux droits, actions, privilèges et hypothèques contre le débiteur*; mais il ne faut pas en conclure que cette énumération, qui rappelle le style redondant des praticiens, soit nécessaire ([6]), bien que le contraire ait été jugé par la cour royale de Riom, le 12 janvier 1809 ([7]), dans une espèce où le créancier de deux billets en recevant son payement d'un tiers, avait subrogé ce tiers *dans l'effet des deux billets.*

([1]) M. Duranton, t. XI, n. 114.
([2]) Voy. *inf.*, sect. 2.
([3]) M. Duranton, t. XII, n. 115.
([4]) C. civ., 1249.
([5]) C. civ., 1250.
([6]) M. Toullier, t. VII, n. 120; M. Duranton, t. XII, n. 119.
([7]) Dev. et Car., 3, 2, 4; Dall., 10, 362.

Le même arrêt semble supposer qu'il y a à cet égard une différence entre les matières civiles et les matières commerciales : c'est une erreur. La subrogation conventionnelle ne doit pas être moins expresse en matière civile qu'en matière commerciale; mais des termes sacramentels ne sont pas plus nécessaires dans un cas que dans l'autre.

246. Du reste, il n'y a nécessité de stipuler la subrogation du tiers dans les droits du créancier que lorsque cette subrogation est le résultat du payement fait par le tiers subrogé en l'acquit du débiteur : il en est autrement quand la subrogation est la conséquence de la cession de la créance. Dans ce cas, le tiers est subrogé dans les droits du cédant par cela seul qu'il se rend cessionnaire de la créance à laquelle ces droits sont attachés. C'est la cession qui opère alors la subrogation conventionnelle, tandis que dans le cas de payement avec subrogation, c'est la subrogation qui opère une sorte de cession.

247. La subrogation est faite par le débiteur lorsque celui-ci en empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que dans la quittance, il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier [1]; et il n'est pas nécessaire, à la différence de ce qui a lieu dans la subrogation faite par le créancier, qu'il soit dit dans la quittance que le prêteur est subrogé aux droits du créancier.

[1] C. civ., 1250.



248. Les cas de subrogation légale sont déterminés par l'article 1251 du Code civil, aux termes duquel la subrogation a lieu de plein droit : 1° au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui était préférable à raison de ses privilèges et hypothèques; 2° au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué; 3° au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter; 4° au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession.

Le Code de commerce prévoit encore deux cas de subrogation légale qui rentrent jusqu'à un certain point dans ceux qui sont déterminés par le Code civil : l'un est la subrogation du payeur par intervention d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, dans les droits du porteur [1]; l'autre est la subrogation successive des endosseurs dans les droits des endosseurs qui les suivent contre ceux des coobligés qui les précèdent [2].

Dans les cas prévus par le Code civil, il en est deux qui ne peuvent se rencontrer en matière commerciale, et dont je n'ai par conséquent pas à m'occuper : l'un est celui qui est relatif à la subrogation de l'acquéreur d'un immeuble dans les droits des créanciers inscrits sur cet immeuble, qu'il a payés avec son prix d'acquisition ; l'autre est celui qui est relatif à la subrogation de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession. Quant aux autres cas de subrogation légale, ils trouvent leur application aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile.

---

(1) C. com., 159.
(2) C. com., 164.

249. Ainsi en matière commerciale comme en matière civile, le créancier, soit hypothécaire soit chirographaire qui rembourse de ses deniers un autre créancier qui lui est préférable, est subrogé dans les droits de ce créancier.

250. Cette règle reçoit en matière de faillite une application toute particulière. Aux termes de l'article 554 du Code de commerce, « Après la vente des immeubles et le règlement définitif de l'ordre entre les créanciers hypothécaires et privilégiés (du failli), ceux d'entre eux qui viendront en ordre utile sur le prix des immeubles pour la totalité de leur créance, ne toucheront le montant de leur collocation hypothécaire que sous la déduction des sommes par eux perçues dans la masse chirographaire : les sommes ainsi déduites ne resteront point dans la masse hypothécaire, mais retourneront à la masse chirographaire au profit de laquelle il en sera fait distraction. » Il suit de là que les sommes perçues par les créanciers hypothécaires dans la masse chirographire, sont réputées payées en l'acquit du débiteur failli par les créanciers chirographaires eux-mêmes, dont la distraction de ces sommes diminue la part ; et la déduction qui est faite de ces sommes dans la masse hypothécaire au profit de la masse chirographaire, n'est pas autre chose en définitive qu'une subrogation, jusqu'à due concurrence, de la masse chirographaire dans les droits de la masse hypothécaire.

Il a même été jugé que lorsqu'une somme était payée avec les deniers de la masse chirographaire, en l'acquit d'un créancier hypothécaire, la masse chirographaire était subrogée dans les droits de celui-ci jusqu'à concurrence de la somme payée, et pouvait se faire colloquer en son ordre, dans la masse hypothécaire, à raison de cette somme, sur la collocation faite au profit du créancier hypothécaire pour le

montant intégral de sa créance, tout aussi bien que si cette somme avait été directement payée à ce créancier ([1]).

251. Ainsi encore, en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile, la subrogation a lieu au profit de celui qui, tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt à l'acquitter. Tels sont les codébiteurs solidaires ou les cofidéjusseurs entre eux; telle est la caution vis-à-vis du débiteur principal ([2]). Toutefois il est à remarquer, en ce qui touche les codébiteurs solidaires et les cofidéjusseurs, que la subrogation qui s'opère au profit de celui qui a payé la dette, ne lui donne d'autre droit que de répéter contre les autres et divisément, la part et portion de chacun d'eux ([3]). Il ne pourrait poursuivre chacun de ses codébiteurs solidairement et pour le tout, sous la déduction de sa part personnelle. C'est ce qui résulte formellement des articles 1214 et 2033 du Code civil. La majorité des auteurs se réunit même pour décider qu'une subrogation conventionnelle stipulée au profit du codébiteur qui paye, ne produirait pas, sous ce rapport, d'effets plus étendus que la subrogation légale qui s'est de plein droit opérée à son profit ([4]). Je n'insiste pas sur cette question qui est étrangère à notre sujet; mais nous verrons bientôt qu'il en est autrement de la subrogation légale qui s'opère au profit des codébiteurs solidaires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre qui en ont remboursé le montant au porteur ([5]).

252. On trouve en matière commerciale un exemple re-

([1]) Cass., 4 juillet 1844 (Dev., 44, 1, 481).

([2]) C. civ., 1214 et 2033.

([3]) Voy. *sup.*, n. 141 et suiv.

([4]) Pothier, n. 281; M. Delvincourt, t. II, p. 504; M. Duranton, t. XII, n. 168. — En sens contraire, voy. M. Toullier, t. VII, n. 165.

([5]) Voy. *inf.*, n. 255.

marquable de la subrogation légale au profit de celui qui avait intérêt à payer une dette dont il était tenu avec d'autres ou pour d'autres, dans celle qui s'accomplit au profit du commissionnaire chargé d'acheter des marchandises pour le compte de son commettant, et qui les a payées de ses propres deniers : ce commissionnaire est subrogé de plein droit au vendeur, tellement que si le commettant vient à faire faillite, le commissionnaire peut revendiquer les marchandises vendues, comme le vendeur l'aurait pu lui-même. C'est ce qui a été jugé par la cour de cassation le 14 novembre 1810 [1] : « Attendu que le commissionnaire avait eu intérêt à acquitter le prix de la vente qui lui avait été consentie, et qu'en l'acquittant il avait été subrogé de plein droit au lieu et place des vendeurs, conformément à l'article 1251 du Code civil. »

Cependant MM. Delamarre et Lepoitvin, tout en reconnaissant la subrogation qui, dans ce cas, s'opère au bénéfice du commissionnaire, prétendent qu'elle a lieu en vertu de l'usage commercial, et nullement par application de l'article 1251. L'article 1251, disent-ils [2], est dans l'espèce d'un créancier envers lequel deux ou plusieurs sont engagés solidairement ou tenus subsidiairement les uns pour les autres; l'application de cette loi ne peut jamais avoir lieu que le créancier n'ait au moins deux obligés : or, dans l'hypothèse d'un commissionnaire achetant en son propre nom, le vendeur n'a pour obligé que le seul commissionnaire qui n'a engagé que lui seul. Donc, pas de subrogation possible en vertu de l'article 1251. Ce serait, suivant ces auteurs, de

---

[1] Dev. et Car., 3, 1, 258; Dall., 2, 743. — V. encore dans le même sens Rouen, 4 janvier 1825 (Dev. et Car., 8, 2, 2; Dall., 30, 2, 152).

[2] *Du contrat de commission*, t. II, p. 715 et suiv.

l'article 2102 du Code civil qu'il faudrait argumenter. Cet article porte qu'il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication; et ce serait l'usage du commerce, ce serait la coutume commerciale qui permettrait au commissionnaire de revendiquer comme quasi-subrogé aux droits du vendeur, toutes les fois que le vendeur aurait pu revendiquer lui-même. Pourquoi donc, ajoutent-ils, au lieu de reconnaître la coutume commerciale, comme le fait le Code civil lui-même, et d'y puiser des motifs de solution, aime-t-on mieux fausser les lois civiles que de ne pas les appliquer au commerce, pour qui elles ne sont pas faites?

On retrouve là le dangereux système que les auteurs du *Traité du contrat de commission* ne perdent aucune occasion de produire, et que je ne perdrai aucune occasion de combattre; système qui consiste à affranchir le commerce des règles certaines écrites dans le Code civil, considéré comme complément naturel et nécessaire du Code de commerce, pour courir après des règles fugitives, incertaines et variables qu'on décore du nom d'usages commerciaux. Je me suis déjà expliqué, et longuement, sur la question générale de l'autorité, en matière commerciale, soit du Code civil qui sert de règle dans tous les cas où le Code du commerce n'y a pas dérogé d'une manière expresse ou tacite, soit de l'usage qui n'a force de loi que lorsque la loi le consacre et s'y réfère [1]. Or, je crois facile d'établir ici, sur la question spéciale de l'autorité de l'article 1251 du Code civil, et relativement à la subrogation qui s'opère au profit du commissionnaire, que cet article s'applique parfaitement à cette subrogation, pour laquelle il n'est pas nécessaire de recourir à un usage qui n'est reconnu par aucune loi.

---

[1] Voy. *sup.*, t. I, n. 81 et suiv.; et t. IV, n. 11 et suiv.

Et d'abord on exagère la portée de l'article 2102 du Code civil, aux termes duquel il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication, lorsqu'on prétend qu'il donne la sanction de son autorité à toutes les règles que l'usage ou la coutume auraient pu introduire en matière de revendication. Rien de plus certain, au contraire, qu'en matière commerciale, aussi bien qu'en matière civile, le droit de revendication, qui est un véritable privilège, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi expresse. Qu'a donc voulu dire cet article? Rien que de fort simple. On sait qu'au moment où l'on rédigeait le Code civil, le Code de commerce était en élaboration, et que dans un grand nombre de cas où les règles du Code civil pouvaient s'appliquer aux matières de commerce, les rédacteurs du Code civil, pour ne rien préjuger sur ce que croiraient devoir faire les rédacteurs du Code de commerce, au lieu de décider eux-mêmes la question, se sont bornés à renvoyer au Code de commerce, dont les rédacteurs pouvaient, soit en ayant égard au renvoi qui leur était fait, tracer des règles spéciales au droit commercial, soit, en se taisant, laisser les questions sous l'empire du droit commun. L'article 2102 du Code civil, qui détermine les conditions de la revendication en matière civile, contient un renvoi de cette nature. Les rédacteurs du Code de commerce y ont eu égard, et après avoir disposé par l'article 550 que le privilège et le droit de revendication établis par le n° 4 de l'article 2102 du Code civil au profit du vendeur d'effets mobiliers ne seraient point admis en cas de faillite, ils ont déterminé limitativement, dans les articles 574 et suivants, les cas dans lesquels la revendication pourrait être exercée en matière de faillite, et les personnes par qui elle pourrait être exercée. Ainsi se trouve rempli l'objet que se proposait le renvoi de l'article 2102. Il faisait une réserve en faveur des

coutumes et des lois commerciales; la loi commerciale a parlé et s'est expliquée : c'est donc cette loi qu'il faut suivre. Induire de cette réserve que, malgré les termes essentiellement limitatifs de la loi commerciale, l'article 2102 du Code civil a donné la sanction de son autorité aux usages commerciaux qui, en matière de revendication, viendraient s'ajouter à la loi commerciale, c'est évidemment faire dire à l'article 2102 toute autre chose que ce qu'il dit, et en même temps ne pas vouloir tenir compte de ce que dit le Code de commerce. Où la loi parle, l'usage doit se taire.

Concluons de là qu'il est légalement impossible de chercher dans les usages commerciaux le principe de la subrogation qui s'opère au profit du commissionnaire, lorsqu'après avoir acheté en son propre nom pour le compte de son commettant, il a payé la marchandise. La justification de cette subrogation ne peut se trouver que dans la loi, c'est-à-dire dans l'article 1251 du Code civil. Si elle n'était pas justifiée par cet article, elle ne serait justifiée par rien. Voyons donc si cet article est applicable.

D'après MM. Delamarre et Lepoitvin, l'article 1251 serait dans l'espèce d'un créancier envers lequel deux ou plusieurs sont engagés solidairement, ou tenus subsidiairement les uns pour les autres, de telle sorte qu'il n'y aurait lieu de l'appliquer qu'autant que le créancier aurait au moins deux obligés. Cela n'est pas exact. L'article 1251 dit seulement que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. Or, si en parlant de celui qui est tenu avec d'autres, l'article 1251 suppose au moins deux obligés, il n'en est pas ainsi lorsqu'il parle de celui qui est tenu pour d'autres. Sans doute, dans ce cas il peut y avoir deux ou plusieurs obligés, par exemple un obligé

principal et une caution; mais cet article embrasse aussi dans sa généralité le cas où le créancier n'ayant qu'un seul débiteur direct, peut avoir des droits indirects et particuliers contre celui pour lequel le débiteur direct est tenu, droits dans lesquels ce débiteur direct peut se trouver subrogé par l'effet du payement qui désintéresse le créancier.

C'est ce qui a lieu relativement au commissionnaire qui, après avoir acheté des marchandises pour le compte de son commettant, les paye au vendeur : ce vendeur, il est vrai, n'avait aucune action directe contre le commettant en payement des marchandises achetées par le commissionnaire. Relativement au vendeur, le commissionnaire est le seul et véritable acheteur; mais ce vendeur avait, par application de l'article 1166 du Code civil, une action indirecte contre le commettant, tant que ce commettant n'avait pas lui-même payé le commissionnaire; et de plus, en cas d'expédition des marchandises vendues à l'adresse du commettant, il avait le droit de revendiquer ces marchandises, si le destinataire venait à faire faillite : l'article 576 du Code de commerce ne laisse aucun doute à cet égard. Le vendeur aurait eu ce droit contre le commissionnaire qui aurait fait faillite après que les marchandises lui auraient été directement expédiées; il doit également l'avoir contre le commettant, lorsque sur l'ordre du commissionnaire c'est au commettant qu'elles ont été expédiées. Lors donc que le commissionnaire, qui est tenu pour le commettant, puisque c'est pour le compte du commettant qu'il a acheté, a payé le vendeur, il se trouve au lieu et place de celui-ci, et par suite est subrogé dans l'action en revendication que le vendeur avait contre le commettant. Toutes les conditions voulues par l'article 1251 sont remplies, puisqu'on trouve ici un créancier, un débiteur et une personne qui est tenue pour ce débiteur. Que veut-

coutumes et des lois commerciales; la loi commerciale a parlé et s'est expliquée : c'est donc cette loi qu'il faut suivre. Induire de cette réserve que, malgré les termes essentiellement limitatifs de la loi commerciale, l'article 2102 du Code civil a donné la sanction de son autorité aux usages commerciaux qui, en matière de revendication, viendraient s'ajouter à la loi commerciale, c'est évidemment faire dire à l'article 2102 toute autre chose que ce qu'il dit, et en même temps ne pas vouloir tenir compte de ce que dit le Code de commerce. Où la loi parle, l'usage doit se taire.

Concluons de là qu'il est légalement impossible de chercher dans les usages commerciaux le principe de la subrogation qui s'opère au profit du commissionnaire, lorsqu'après avoir acheté en son propre nom pour le compte de son commettant, il a payé la marchandise. La justification de cette subrogation ne peut se trouver que dans la loi, c'est-à-dire dans l'article 1251 du Code civil. Si elle n'était pas justifiée par cet article, elle ne serait justifiée par rien. Voyons donc si cet article est applicable.

D'après MM. Delamarre et Lepoitvin, l'article 1251 serait dans l'espèce d'un créancier envers lequel deux ou plusieurs sont engagés solidairement, ou tenus subsidiairement les uns pour les autres, de telle sorte qu'il n'y aurait lieu de l'appliquer qu'autant que le créancier aurait au moins deux obligés. Cela n'est pas exact. L'article 1251 dit seulement que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. Or, si en parlant de celui qui est tenu avec d'autres, l'article 1251 suppose au moins deux obligés, il n'en est pas ainsi lorsqu'il parle de celui qui est tenu pour d'autres. Sans doute, dans ce cas il peut y avoir deux ou plusieurs obligés, par exemple un obligé

principal et une caution; mais cet article embrasse aussi dans sa généralité le cas où le créancier n'ayant qu'un seul débiteur direct, peut avoir des droits indirects et particuliers contre celui pour lequel le débiteur direct est tenu, droits dans lesquels ce débiteur direct peut se trouver subrogé par l'effet du payement qui désintéresse le créancier.

C'est ce qui a lieu relativement au commissionnaire qui, après avoir acheté des marchandises pour le compte de son commettant, les paye au vendeur : ce vendeur, il est vrai, n'avait aucune action directe contre le commettant en payement des marchandises achetées par le commissionnaire. Relativement au vendeur, le commissionnaire est le seul et véritable acheteur; mais ce vendeur avait, par application de l'article 1166 du Code civil, une action indirecte contre le commettant, tant que ce commettant n'avait pas lui-même payé le commissionnaire; et de plus, en cas d'expédition des marchandises vendues à l'adresse du commettant, il avait le droit de revendiquer ces marchandises, si le destinataire venait à faire faillite : l'article 576 du Code de commerce ne laisse aucun doute à cet égard. Le vendeur aurait eu ce droit contre le commissionnaire qui aurait fait faillite après que les marchandises lui auraient été directement expédiées; il doit également l'avoir contre le commettant, lorsque sur l'ordre du commissionnaire c'est au commettant qu'elles ont été expédiées. Lors donc que le commissionnaire, qui est tenu pour le commettant, puisque c'est pour le compte du commettant qu'il a acheté, a payé le vendeur, il se trouve au lieu et place de celui-ci, et par suite est subrogé dans l'action en revendication que le vendeur avait contre le commettant. Toutes les conditions voulues par l'article 1251 sont remplies, puisqu'on trouve ici un créancier, un débiteur et une personne qui est tenue pour ce débiteur. Que veut-

on de plus pour justifier la subrogation qui, suivant la jurisprudence, s'opère au profit du commissionnaire?

En voilà bien long pour une question sur laquelle au fond tout le monde est d'accord; mais c'est peu d'être d'accord sur les conclusions, quand on n'est pas d'accord sur les principes; et on a pu voir qu'ici il importait d'autant plus de fixer les principes légaux, qu'en les abandonnant pour se jeter dans l'arbitraire des coutumes et des usages, il n'y avait plus moyen de justifier en droit une subrogation, dont il n'est pas possible de contester la convenance et l'utilité.

253. C'est encore par application de l'article 1251, qu'il a été jugé que le commissionnaire qui reçoit des marchandises pour le compte d'un commettant, s'il fait les avances des frais de voiture et de ceux dus au commissionnaire expéditeur, est subrogé légalement dans les droits du voiturier et du commissionnaire expéditeur, et a par conséquent pour le remboursement de ses avances, le même privilège qu'auraient eu le voiturier et le commissionnaire expéditeur eux-mêmes [1].

254. On s'est demandé si en matière d'assurances terrestres, l'assureur qui paye à l'assuré la valeur de l'édifice incendié, était subrogé de plein droit dans les actions de l'assuré contre les tiers responsables de l'incendie. Cette prétention des compagnies d'assurances a été à peu près unanimement repoussée par la doctrine [2] et par la jurisprudence [3]. En effet, l'assureur est un tiers relativement

---

[1] Cass., 7 décembre 1826 (Dev. et Car., 8, 1, 476; Dall., 27, 1, 84).
[2] M. Duranton, t. XII, n. 181; MM. Grün et Joliat, *Des assur. terr.*, n. 294; M. Quesnaut, *Des assur.*, n. 526. — Voyez cependant M. Toullier, t. XI, n. 175.
[3] Cass., 2 mars 1819 (Dev. et Car., 9, 1, 240; Dall., 28, 1, 165).

aux personnes responsables de l'incendie. Il doit indemniser l'assuré en vertu d'un contrat spécial auquel les tiers responsables sont étrangers, de même qu'il est étranger à l'obligation et à la responsabilité qui pèse sur les voisins, les locataires et les fermiers ([1]). L'indemnité payée par l'assureur ne peut donc, sous aucun rapport, être considérée comme une dette dont il soit tenu avec d'autres ou pour d'autres. C'est sa dette personnelle qu'il paye à sa décharge, et non à la décharge des tiers responsables, auxquels ce payement ne profite que d'une manière indirecte, en faisant disparaître la cause de la responsabilité.

L'assureur ne pourrait même pas, ainsi que semble l'admettre un auteur ([2]), subordonner le payement de l'indemnité à une subrogation conventionnelle dans les droits de l'assuré contre les tiers responsables. Dès qu'il n'y a pas lieu d'admettre une subrogation légale, on ne peut admettre une subrogation conventionnelle forcée, qui équivaudrait à une subrogation légale ([3]).

Mais rien ne s'oppose à ce que l'assuré consente volontairement cette subrogation dans la quittance. Il peut même la consentir d'avance dans la police ([4]). Toutefois, dans ce dernier cas, c'est moins une subrogation proprement dite, que la cession d'un droit futur et éventuel : cette cession est dès-lors valable par elle-même, sans qu'il soit besoin de l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1250 du Code

([1]) C. civ., art. 1733 et suiv.
([2]) M. Quénault, n. 326.
([3]) Cass., 1er déc. 1834 (Dev., 35, 1, 148).
([4]) Cass., 1er dec. 1834 (Dev., 35, 1, 148); 13 avril 1836 (*Ibid.*, 36, 1, 271); M. Duvergier, *Du louage*, t. I, n. 418; M. Troplong, *Du louage*, t. II, n. 359; MM. Grün et Joliat, n. 296; M. Quénault, n. 327.

civil, pour la validité de la subrogation conventionnelle ([1]).

255. Il y a peu de chose à dire sur la subrogation légale qui s'opère en matière de lettres de change ou de billets à ordre au profit des codébiteurs solidaires qui en acquittant successivement le montant de l'effet, se trouvent investis, contre tous les obligés qui les précèdent, des droits des coobligés qui les suivent. C'est là un des effets de la solidarité particulière à laquelle sont soumis les signataires des obligations transmissibles par voie d'ordre, solidarité dont nous avons déjà expliqué la nature et les effets ([2]).

256. Nous avons également, en traitant du payement en général, parlé de la subrogation légale qui s'opère au profit de celui qui paye une lettre de change par intervention ([3]); nous n'avons donc pas à y revenir ici.

257. Une seule question reste à examiner, c'est celle de savoir si celui à qui un effet de commerce a été transmis par la voie d'un simple endossement en blanc et qui, après l'avoir régulièrement négocié lui-même, en a remboursé la valeur au porteur faute de payement à l'échéance de la part du souscripteur, est, par l'effet de ce payement, subrogé aux droits du porteur, et peut en poursuivre le payement en son nom personnel contre le souscripteur et les endosseurs qui le précèdent.

La question n'est pas sans difficulté : elle divise la jurisprudence, et la cour de cassation elle-même ne s'est prononcée dans le sens de la subrogation qu'après avoir d'abord adopté l'opinion contraire ([4]).

([1]) Cass., 24 nov. 1840 (Dev., 41, 1, 45).

([2]) Voy. *sup.*, n. 81 et suiv.

([3]) Voy. *sup.*, n. 168 et suiv.

([4]) Voy., pour la jurisprudence, le résumé placé en note d'un arrêt de la cour de cassation du 20 février 1843 (Dev., 43, 1, 401).

Le doute provient de ce que l'endossement en blanc ne vaut que comme procuration, soit pour toucher, soit pour transmettre; d'où l'on peut conclure, dans le sens de l'opinion contraire à la subrogation, que celui qui étant porteur d'un effet de commerce en vertu d'un endossement en blanc, l'a régulièrement transmis à un autre en vertu de son mandat, et qui ensuite, faute de payement à l'échéance, a été tenu de le rembourser, l'a remboursé en qualité de mandataire, de même que c'était en qualité de mandataire qu'il en avait reçu le montant; qu'il n'a dès-lors d'autre action que celle qui résulte du mandat, et qu'il ne peut prétendre, soit à la subrogation qui s'opère aux termes de l'article 164 du Code de commerce au profit des endosseurs ordinaires, soit à celle qui, d'après l'article 159 du même Code, a lieu au profit du tiers bienveillant qui intervient pour le compte de l'un des signataires.

Mais à cela on peut répondre victorieusement que le mandat de toucher et de négocier qui résulte de l'endossement en blanc est accompli, lorsque ensuite de cet endossement, la lettre de change ou le billet à ordre ont été négociés par un endossement régulier. Celui qui a commencé par être mandataire, devient alors endosseur, et endosseur tenu de garantir en son nom personnel le payement de l'effet qu'il a négocié, sans pouvoir se soustraire à cette garantie, sous prétexte qu'il n'a agi qu'en qualité de mandataire (¹). Dès qu'il est tenu en son nom personnel, c'est en son nom personnel qu'il rembourse; c'est donc en qualité d'endosseur, et non en qualité de mandataire; d'où la conséquence naturelle et inévitable qu'il peut prétendre à la subrogation légale qui s'opère au profit de tout endosseur (²).

(¹) Cass., 1er déc. 1829 (Dev. et Car., 9, 1, 398).

(²) Cass., 20 fev. 1845 (Dev., 45, 1, 401); 12 nov. 1845 (*Ibid.*, 46,

258. La subrogation conventionnelle ou légale a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs, c'est-à-dire qu'elle confère au subrogé tous les droits qui appartenaient au créancier, tant sur les choses que contre les personnes ([1]).

259. Du reste, elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie. Dans ce cas, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence au subrogé dont il n'a reçu qu'un payement partiel ([2]). Ainsi, en matière d'assurances terrestres, si l'assuré qui a subrogé l'assureur dans ses droits contre les tiers responsables de l'incendie restait à découvert après le payement de l'indemnité, il conserverait tous ses droits contre l'auteur du dommage, et pourrait les exercer de préférence à l'assureur, jusqu'à l'entière réparation des dommages qu'il aurait soufferts.

—

§ III. — *De l'imputation de payement.*

SOMMAIRE. — 260. Ce que c'est que l'imputation de payement. Imputation conventionnelle. Stipulée par le débiteur. — 261. Le payement ne peut être imputé sur le capital de préférence aux intérêts, sans le consentement du créancier. — 262. Imputation faite par le créancier. — 263. Imputation légale. ....Concours entre dettes échues et dettes non échues. — 264. ...Entre dettes pareillement échues, mais de natures diverses. Dettes commerciales; lettres de crédit; solidarité. — 265. Dettes sociales. — 266. Concours entre des dettes plus ou moins anciennes. Intérêt; capital. — 267. De l'imputation en matière de comptes courants. — 268. Imputation de ce qui est indument payé sur ce qui est dû; intérêts non dus.

260. Le payement éteint la dette; mais quand le débiteur de plusieurs dettes ne fait qu'un seul payement, ou, ce qui revient au même, quand la somme par lui payée n'est pas

1, 71). Voy. aussi le rapport de M. le conseiller Mesnard, lors du premier des arrêts précités.

([1]) C. civ., 1252.

([2]) *Ibid.*

égale au total réuni de toutes ses dettes, alors se présente la question de savoir à quelle dette s'applique le payement, quelle est la dette éteinte, et quelles sont les dettes qui subsistent.

On appelle imputation de payement, l'application qui est faite d'un payement à une dette plutôt qu'à une autre.

L'imputation de payement est conventionnelle ou légale : elle est conventionnelle, quand elle est stipulée par le débiteur au moment où il paye, ou indiquée par le créancier dans la quittance qu'il donne au débiteur; elle est légale, quand elle est faite par la loi, à défaut de celle que le débiteur et le créancier auraient pu faire.

C'est d'abord au débiteur qu'il appartient de diriger le payement sur telle dette plutôt que sur telle autre. Le débiteur de plusieurs dettes, dit l'article 1253 du Code civil, a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter. Et comme il est le maître de l'emploi de ses deniers, il n'a pas besoin du consentement du créancier pour que cette imputation soit parfaite et définitive. Il suffit pour cela que la dette sur laquelle l'imputation est dirigée soit échue, ou, si elle n'est pas échue, que le terme ne soit pas stipulé en faveur du créancier ([1]).

261. Toutefois, le débiteur d'une dette qui porte intérêts ou qui produit des arrérages, ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le payement qu'il fait, sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts : le payement fait sur le capital et les intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts ([2]). Il faut sans doute pour cela que les intérêts soient échus; mais il n'est pas né-

---

([1]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 423 et suiv.
([2]) C. civ., 1254. Voy. *inf.*, n. 266 et 268.

cessaire qu'ils soient liquidés, c'est-à-dire que le compte en ait été arrêté d'avance ([1]), parce que ce compte peut toujours être fait, et qu'il suffit, pour que la dette soit certaine, que le taux des intérêts puisse être déterminé, soit par la convention, soit par la loi ([2]).

262. Quand en payant, le débiteur ne déclare pas quelle dette il entend payer, le créancier entre en possession du droit de faire lui-même l'imputation. Cette imputation doit être faite par le créancier dans la quittance qu'il donne au débiteur; et lorsque le débiteur a accepté la quittance qui fait l'imputation de ce qu'il a reçu sur l'une des dettes spécialement, il ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier ([3]).

263. C'est seulement quand la quittance ne porte aucune imputation, soit de la part du débiteur, soit de la part du créancier, qu'il y a lieu de recourir à l'imputation légale. Dans ce cas, aux termes de l'article 1256 du Code civil, le payement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt à acquitter entre celles qui sont pareillement échues, sinon sur la dette échue, quoique moins oné-

---

([1]) Voy. cependant Cass., 18 janv. 1832 (Dev., 33, 1, 74).

([2]) *Demùm quoad solutiones simpliciter factas à debitore, prætendebatur eas cedere in extinctionem sortis et non prius in causam fructuum, sive interesse, quia illud erat illiquidum minusque in certâ quantitate sed in genere tantum à principio promissum. Sed removebatur objectum advertendo quod allata ex adverso conclusio benè procedit in casu quo interesse esset illiquidum et incertum quoad substantiam, seu illius veritatem; secus quando est certum in substantiâ, incertum tantum in quantitate, quia cum soleat illud quoad quantitatem habere aliquam certam ac generalem determinationem à consuetudine loci, vel tribunalis, debet quoad hunc effectum pro certo reputari.* (Casaregis, *disc.*, 120, n. 23).

([3]) C. civ., art. 1253.

reuse que celles qui ne le sont point.— Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

L'intérêt présumé du débiteur, telle est donc la règle en matière d'imputation légale; et cet intérêt dirige nécessairement le payement sur la dette échue, de préférence à la dette qui ne l'est pas, et entre plusieurs dettes pareillement échues, sur celle qui est la plus onéreuse, ou, si elles sont de même nature, sur la dette la plus ancienne.

Quand donc le concours n'a lieu qu'entre plusieurs dettes dont l'une est échue, tandis que les autres ne le sont pas, il n'y a aucun compte à tenir de la nature ou de l'origine des différentes dettes : la question n'est plus qu'une affaire d'échéance ou d'exigibilité.

264. Mais quand plusieurs dettes sont échues, et qu'il s'agit de déterminer quelle est la plus onéreuse, ou, ce qui revient au même, celle que le débiteur a le plus d'intérêt à acquitter, la question peut quelquefois n'être pas sans difficulté; cependant, en général, on doit considérer comme plus onéreuse toute dette qui entraîne des moyens d'exécution plus rigoureux ou plus efficaces que les dettes ordinaires. Telles sont les dettes à raison desquelles le débiteur est soumis à la contrainte par corps, ou qui sont garanties par une hypothèque.

On doit encore considérer une dette personnelle au débiteur comme plus onéreuse que celle pour laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres.

Ainsi lorsque le porteur d'une lettre de crédit, après en avoir touché le montant, a fait au payeur le versement de diverses sommes, ce payement doit, dans le cas où le payeur de la lettre de crédit se trouvait avoir contre le porteur une créance personnelle, être imputé sur cette créance person-

nelle avant d'être appliqué au remboursement du crédit [1].

Ainsi encore, le payement fait par le débiteur de deux dettes dont l'une est solidaire avec un autre codébiteur, doit être imputé sur la dette personnelle au débiteur qui fait le payement, plutôt que sur la dette solidaire [2].

265. De même, les payements faits par le liquidateur d'une société qui se trouve être en même temps débiteur personnel d'un créancier de la société, doivent, à défaut de stipulation contraire, s'imputer sur la dette personnelle par préférence à la dette de la société [3].

Par la même raison, les payements faits par un associé qui est débiteur en son nom personnel d'un créancier de la société, doivent être imputés sur la créance personnelle au débiteur plutôt que sur la créance sociale. Toutefois, il peut résulter des circonstances dans lesquelles le payement a été fait que l'associé a entendu acquitter la dette sociale, et alors il ne serait pas recevable à prétendre imputer plus tard ce payement sur sa dette personnelle [4].

On trouve au surplus une règle particulière à l'imputation en matière de société dans l'article 1848 du Code civil, qui prévoit le cas où le débiteur d'un associé est en même temps débiteur de la société. Alors, quand les deux dettes sont également exigibles, le payement fait par le débiteur doit s'imputer sur la créance de la société, et sur celle de l'associé, dans la proportion des deux créances, encore que l'associé eût par sa quittance, dirigé l'imputation sur sa créance particulière ; mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputa-

---

(1) Bordeaux, 30 nov. 1850 (Dev., 51, 2, 167).
(2) Cass., 8 fév. 1832 (Dev., 32, 1, 184; Dall., 32, 1, 235).
(3) Rouen, 10 juin 1835 (Dev., 35, 2, 361).
(4) Cass., 19 avril 1841 (Dev., 41, 1, 631).

tion serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation est exécutée.

266. L'ancienneté de la dette n'est à considérer que lorsque les dettes sont d'égale nature. Dans ce cas, la somme payée s'impute en entier sur la dette la plus ancienne, d'abord sur les intérêts, si elle en produit, ensuite sur le capital. On ne pourrait imputer les payements sur les intérêts de la dette la plus récente de préférence au capital d'une dette plus ancienne. L'article 1254 du Code civil, qui veut que le payement s'impute sur les intérêts de préférence au capital, n'est relatif qu'au cas où il y a concours entre le capital et les intérêts d'une même dette, et non à celui où le concours existe entre deux dettes dont l'une est préférable à l'autre soit par sa nature soit par sa date. ***Solutio facta per eum qui ad duo debita cum usuris tenetur***, dit à ce sujet Casaregis ([1]), ***prius cedere debet in extinctionem usurarum crediti antiquioris, vel ejus crediti pro quo solverit, et quod solutis usuris supererit, in extinctionem pariter prius sortis earumdem usurarum prius solutarum, non verò in extinctionem usurarum alterius debiti.***

267. Les règles qui précèdent sur l'imputation légale, ne sont pas applicables en matière de comptes courants, notamment celle d'après laquelle les payements s'imputent sur la dette la plus onéreuse ou la plus ancienne. On ne peut donc extraire d'un compte courant certaines dettes pour y imputer telle ou telle remise, lorsqu'en faisant cette remise, il n'y a eu aucune affectation spéciale à une dette déterminée ([2]). Cette différence entre les dettes résultant d'un

([1]) *Disc.* 30, n. 31.

([2]) Cass., 15 mars 1827 (Dev., 39, 2, 297); Bordeaux, 8 avril 1842 (Dev., 42, 2, 402). — En sens contraire, cass., 5 avril 1839 (Dev., 39, 1, 257).

compte courant et les dettes ordinaires, provient de ce que les remises, réciproquement faites par compte courant, ne sont pas des payements, mais des prêts, ainsi que je l'ai déjà expliqué de manière à n'avoir pas à y revenir ici ([1]).

Il y a plus : il en est ainsi même à l'égard d'un tiers qui a garanti ou cautionné l'une des dettes entrant dans le compte courant. Sous ce rapport, le tiers doit suivre la condition du débiteur, et il est dès-lors obligé jusqu'à concurrence de la dette cautionnée par le solde définitif du compte courant, sans qu'il puisse prétendre que cette dette a été particulièrement payée par les remises qui ont suivi son cautionnement, s'il n'y a eu convention ou affectation spéciale à cet égard ([2]).

M. Devilleneuve, en rapportant cette décision de la cour royale de Bordeaux, trouve qu'elle fait grave difficulté ; je ne saurais partager cet avis. Dès qu'on admet en principe que des remises faites en compte courant ne sont pas des payements, mais des prêts réciproques, et par suite, qu'il n'y a pas lieu à imputation légale de ces remises l'une sur l'autre, puisque l'imputation suppose nécessairement un payement, je ne vois pas comment, relativement à la caution, elles pourraient avoir un autre caractère que relativement au débiteur principal. Le sort de la caution est lié au sort du débiteur principal, et l'adjonction d'une caution ne peut, par elle-même, changer la nature du contrat dans lequel la caution intervient. Sans doute au moment où une remise est faite, une imputation conventionnelle peut la diriger sur une des dettes qui sont entrées dans le compte courant, et par conséquent sur la dette cautionnée ; alors la remise, ainsi dirigée, perd, par cette imputation, son caractère de remise, et

---

([1]) Voy. *sup.*, t. III, n. 580

([2]) Bordeaux, 8 avril 1842 (Dev., 42, 2, 402).

n'entre pas dans le compte courant duquel sort la dette à laquelle elle est affectée. Mais c'est là une dérogation aux effets ordinaires du compte courant, et il faut dès-lors une convention pour la produire aussi bien à l'égard de la caution qu'à l'égard du débiteur principal.

268. Observons en terminant que ce qui est payé par erreur pour une dette qui n'existe pas, s'impute de plein droit sur la dette qui existe : *Solutum in unam causam omninò indebitam, imputari ipso jure debet in alteram causam debitam* [1]. Ainsi ce qui est payé pour des intérêts qui ne sont pas dus doit s'imputer sur le capital. *Regula est quod usurarum solutiones ipso jure cedunt in extinctionem sortis, nisi accipiens probet illas fuisse verè debitas* [2].

Il y a plus : ce qui est expressément payé pour des intérêts qui ne sont pas dus, doit s'imputer sur le capital de la dette, et non sur les intérêts d'une autre dette qui en serait productive : il y a là une imputation conventionnelle qu'on ne peut transporter d'une dette sur une autre. *Solutiones factæ in causam fructuum unius capitalis non fructiferi imputari non debent in causam fructuum sive interesse alterius crediti diversi, sed in extinctionem ejusdem capitalis pro quo fuerunt dicti fructus soluti* [3].

—

§ IV. — *Des offres de payement et de la consignation.*

Sommaire. — 269. Le débiteur peut contraindre le créancier à recevoir le payement, au moyen d'offres réelles suivies de consignation. — 270. Des offres réelles et de la consignation quand la chose due est une somme d'argent. — 271. . . .En matière d'effets négociables. — 272. ....Quand la chose

(1) Casaregis, *disc.* 50, n. 55.
(2) Casaregis, *disc.* 28, n. 58 ; et *disc.* 148, n. 43.
(3) Casaregis, *disc.* 50, n. 10.



due est un corps certain. — 273. .....Quand elle n'est déterminée que par son espèce. — 274. Frais des offres réelles et de la consignation.

269. De même que le créancier a le droit d'exiger le payement, de même aussi le débiteur a le droit de contraindre le créancier à le recevoir : la libération est dans l'intérêt des deux parties.

Lors donc que le créancier refuse de recevoir son payement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte. Les offres réelles, suivies d'une consignation, libèrent le débiteur; elles tiennent lieu à son égard de payement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier (¹).

Les règles relatives à la forme des offres réelles et de la consignation varient suivant la nature de la chose due.

270. Lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, la forme des offres est déterminée par l'article 1258 du Code civil. D'après cet article, pour que les offres réelles soient valables, il faut 1° qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a capacité de recevoir pour lui (²); 2° qu'elles soient faites par une personne capable de payer; 3° qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés ou d'une somme pour les frais liquidés, sauf à parfaire; 4° que le terme soit échu s'il a été stipulé en faveur du créancier; 5° que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée; 6° que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le payement, et que s'il n'y a pas de convention spéciale sur

---

(¹) C. civ., art. 1257.

(²) Par conséquent aux syndics, quand le créancier est en état de faillite.

le lieu du payement, elles soient faites à la personne du créancier ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention (1); 7° que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes. — Si le créancier n'accepte pas les offres, la somme offerte doit être consignée dans un dépôt public ayant qualité pour la recevoir : à Paris, à la Caisse des dépôts et consignations, et dans les départements, à la caisse des receveurs généraux et des receveurs particuliers des finances (2).

Ces offres réelles, suivies de consignation, valent payement, ainsi que nous l'avons vu tout à l'heure. Toutefois, tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer, et s'il la retire, ses codébiteurs et ses cautions ne sont pas libérés (3). Mais lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs et de ses cautions (4) : le créancier qui y consent perd les privilèges et hypothèques attachés à sa créance, et il n'a plus hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée, a été revêtu des formes requises pour emporter hypothèque (5).

271. Cette forme d'offres réelles, soit au domicile réel ou élu, soit à la personne du créancier, suppose que le créancier est connu, et que le débiteur qui veut se libérer sait à qui

(1) *Debitor tenetur accedere ad domum creditoris pro solutione seu consignatione faciendâ* (Rote de Gênes, *décis.* 144, n. 4).

(2) Ordonnance des 28 avril, 22 et 3 juillet 1816.

(3) C. civ., art. 1261.

(4) C. civ., art. 1262.

(5) C. civ., art. 1263.

il doit payer. Mais il peut arriver, surtout en matière commerciale, que le créancier soit inconnu : c'est ce qui a lieu pour les obligations transmissibles par voie d'ordre, qui doivent être payées à un porteur qui est ou qui peut être inconnu. Dans ce cas, si le porteur connu ou inconnu ne s'est pas présenté dans les trois jours qui ont suivi l'échéance, le débiteur est autorisé, par un décret du 6 thermidor an III, à déposer la somme due entre les mains du receveur de l'enregistrement, dans l'arrondissement duquel l'effet est payable, sans être préalablement tenu de les offrir réellement. Ce décret a été rendu à l'occasion de circonstances particulières, auxquelles le cours forcé des assignats avait donné naissance, et dans l'intérêt des débiteurs d'effets négociables dont les porteurs, pour ne pas recevoir leur payement en assignats dépréciés, ne se présentaient pas à l'échéance, et attendaient un moment plus avantageux pour demander leur remboursement. Cependant, comme il repose en définitive sur ce principe général que tout débiteur a le droit de se libérer, sans être tenu d'attendre qu'il convienne au créancier de recevoir, il n'a pas cessé d'être en vigueur (¹), et il a survécu aux circonstances qui en ont été l'occasion sans en être le motif fondamental. Il a été d'ailleurs formellement maintenu par l'article 2 de l'ordonnance du 3 juillet 1816, sur la caisse des dépôts et consignations.

Et même avant cette ordonnance, les tribunaux n'ont jamais reculé devant l'application de ce décret, soit pour juger qu'il pouvait être invoqué par les non-commerçants, aussi bien que par les commerçants (²), soit pour reconnaître qu'il s'appliquait à tous effets négociables, quelle qu'en fût la cause, et aux porteurs étrangers comme aux porteurs nationaux (³);

(¹) M. Pardessus, n. 814.
(²) Cass., 13 brum. an X (Dev. et Car., 1, 1, 549; Dall., 6, 556).
(³) Cass., 5 oct. 1814 (Dev. et Car., 4, 1, 615; Dall., 6, 553).

soit pour décider que le décret du 6 thermidor an III, qui ne permet de consigner que trois jours après l'échéance de l'effet, ne défend pas de consigner postérieurement au délai de trois jours [1]; soit enfin pour juger qu'il n'est pas nécessaire que le débiteur de plusieurs effets de commerce fasse autant d'actes de dépôt qu'il a de billets différents [2].

Toutefois, il est à remarquer qu'aujourd'hui la consignation, autorisée par le décret du 6 thermidor an III, doit être faite, non pas, comme le porte ce décret, entre les mains du receveur de l'enregistrement, mais à la caisse des dépôts et consignations organisée par la loi du 28 avril 1816. Au moment où ce décret a été rendu, il n'y avait pas de caisse publique préposée à la réception des dépôts volontaires; et on s'explique dès-lors comment les receveurs de l'enregistrement ont été désignés pour en remplir l'office. Mais aujourd'hui cette caisse seule a qualité pour recevoir les dépôts faits par les particuliers; et les dépôts faits en exécution du décret du 6 thermidor an III, se trouvent d'ailleurs formellement rappelés par l'article 2 de l'ordonnance du 3 juillet 1816, parmi ceux qui doivent être reçus à la caisse des dépôts et consignations.

272. Si la chose due est un corps certain qui doive être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est pla-

---

[1] Cass., 3 brum., an VIII (Dev. et Car., 1, 1, 265; Dall., 6, 555); et 12 février 1806 (Dev. et Car., 2, 1, 215; Dall., *ibid.*)
[2] Cass., 12 février 1806 (*Ibid.*)

cée, celui-ci peut obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans un autre lieu [1].

Si le corps certain devait être livré dans un autre lieu que celui où il se trouve, le débiteur commencerait par en effectuer le transport dans le lieu indiqué pour la livraison, et procéderait ensuite, comme il vient d'être dit pour le cas où la chose doit être livrée au lieu où elle se trouve.

273. Si la chose n'est déterminée que par son espèce, ce qui a lieu le plus ordinairement dans les ventes de marchandises et de denrées, le débiteur doit l'individualiser par la sommation, et procéder comme s'il s'agissait d'un corps certain.

On peut voir au surplus ce que nous avons dit sur ces différentes hypothèses, en traitant de l'obligation de donner, de la délivrance, de la conservation et des risques de la chose due, et de la demeure sous le rapport des risques [2].

274. Observons que, dans tous les cas, les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables [3].

—

§ V. — *De la cession de biens.*

Sommaire. — 275. Ce que c'est que la cession de biens. Cession de biens volontaire. — 276. Cession de biens judiciaire. — 277. La cession de biens judiciaire n'est pas admise en matière commerciale et de faillite. *Quid*, de la cession volontaire? — 278. De l'abandon du navire et du frêt.

275. La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers lorsqu'il est hors d'état de payer ses dettes [4].

---

[1] C. civ., art. 1264. Voy. *sup.*, t. IV, n. 400.
[2] Voy. *sup.*, t. IV, p. 198 et suivantes.
[3] C. civ., 1260; décret du 6 thermidor an III, art. 6.
[4] C. civ., 1265.

Il y a deux sortes de cessions de biens : la cession de biens volontaire, et la cession de biens judiciaire ([1]).

La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement, et qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et leur débiteur ([2]). C'est une sorte de dation en payement qu'il est toujours permis au débiteur de proposer, et aux créanciers d'accepter.

276. La cession de biens judiciaire, dont l'effet principal est d'opérer la décharge de la contrainte par corps ([3]), est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est permis pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice l'abandon de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toute stipulation contraire ([4]), et malgré le refus de ces créanciers ([5]).

277. Avant qu'une législation particulière eût réglé l'état et les droits des insolvables, le bénéfice de cession était le seul refuge ouvert aux débiteurs malheureux. Mais ce bénéfice, créé par le droit romain ([6]), développé et largement appliqué au moyen-âge ([7]), maintenu en France parallèlement au droit particulier des faillites, soit par l'ordonnance de 1673, soit par le Code de commerce de 1808, a été supprimé en matière commerciale, par l'article 541 de la dernière loi sur les faillites, du 28 mai 1838, aux termes duquel aucun débiteur

---

([1]) C. civ., 1266.
([2]) C. civ., 1267.
([3]) C. civ., 1270.
([4]) C. civ., 1268.
([5]) C. civ., 1270.
([6]) La cession judiciaire remonte à Jules-César qui l'introduisit par la loi *Julia*. Voy. au *Digeste* le titre *De cessione bonorum*; au Code, le titre *Qui bonis cedere possunt*.
([7]) Voy. Mathœus Brunus, *De cessione bonorum*.

commerçant n'est recevable à demander son admission au bénéfice de la cession de biens.

A une époque déjà reculée, Balde ([1]) et Straccha ([2]) avaient discuté la question de savoir si le failli devait jouir du bénéfice de cession. Les distinctions qu'ils avaient proposées ne pourraient plus être admises aujourd'hui. La loi nouvelle n'a pas voulu compliquer la position du failli et de ses créanciers par le concours de deux procédures simultanées, soumises à des règles diverses et contraires, dont l'une pouvait paralyser les effets de l'autre, et qui étaient soumises à des juges différents, la faillite s'instruisant devant les tribunaux de commerce, et la cession de biens ressortissant des tribunaux civils ([3]). Un commerçant qui se trouve au-dessous de ses affaires, fût-il malheureux et de bonne foi, ne peut donc contraindre ses créanciers à accepter la cession de ses biens. Mais la prohibition de l'article 541 du Code de commerce doit s'entendre seulement de la cession de biens judiciaire. Rien n'empêche les créanciers, avant la faillite de leur débiteur, d'accepter volontairement l'abandon qu'il leur fait de ses biens, et, après la faillite, de faire de cet abandon une des conditions du concordat. C'est, dans l'un et l'autre cas, un contrat parfaitement licite, et dont les effets dépendent des conventions des parties.

278. Du reste, il y a une sorte de cession de biens judiciaire ou forcée qui est formellement autorisée par le droit commercial maritime. Aux termes de l'article 216 du Code de commerce, modifié par la loi du 14 juin 1841, les propriétaires de navires qui sont civilement responsables des

---

([1]) L. 1, n. 8, au Code *Qui bonis cedere possunt*; et cons. 400.
([2]) *De decoct.*, part. 3, n. 9.
([3]) C. proc., 899; M. Pardessus, n. 1330.

faits du capitaine, et tenus des engagements contractés par ce dernier pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition, peuvent dans tous les cas s'affranchir de ces obligations par l'abandon du navire et du fret. Toutefois, la faculté de faire abandon n'est point accordée à celui qui est en même temps capitaine et propriétaire, ou copropriétaire du navire.

—

SECTION II. — DE LA NOVATION.

SOMMAIRE. — 279. Définition de la novation ; novation conventionnelle ; novation judiciaire. — 280. Diverses manières d'opérer la novation ; novation objective ; novation subjective. — 281. Conditions de la novation ; obligation antérieure; nulle; annulable ; rescindable ; naturelle. Exemple emprunté à la faillite. —282 Effets de la novation. Capacité nécessaire pour la consentir. Mandataires ; créanciers solidaires. — 283. La novation ne se présume pas. Comment doit-elle ou peut-elle être exprimée. — 284. Novation objective. .....Elle résulte de l'incompatibilité entre les deux obligations. — 285. ....De la substitution d'un nouveau titre à l'ancien, ou d'une prestation à une autre. — 286. Une créance originairement commerciale devient-elle civile par cela seul qu'elle est reconnue par acte notarié? — 287. Novation résultant d'un concordat. — 288. De la vérification et de l'admission des créances au passif d'une faillite. — 289. ...Du concours d'un créancier hypothécaire ou privilégié à un concordat. — 290. ...De la reconnaissance par acte séparé du montant échu d'une lettre de change. —291. .....De l'obligation nouvelle souscrite pour les intérêts échus d'un capital. — 292. De l'acceptation de lettres de change ou de billets à ordre en payement ou en règlement d'une somme due, ou d'un prix de vente. Hypothèses diverses. — 293. *Quid*, du cas où le créancier, en recevant les lettres de change ou les billets, a donné quittance de la somme due? —294 *Quid*, s'il s'agit d'un prix de vente faite au comptant ou d'une dette échue? — 295... De billets donnés en renouvellement de billets antérieurs. — 296... De la retraite et du rechange. — 297... D'un *bon* ou simple mandat donné sur un tiers. — 298. De la novation subjective par la substitution d'un créancier à un créancier. — 299. L'indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui n'opère pas novation. — 300. La cession d'une créance n'opère pas novation ; il en est de même de la cession par voie d'endossement. — 301. La lettre de change emporte-t-elle novation au moyen d'une substitution du preneur dans les droits du tireur contre le tiré? — 302. *Quid*, du cas où le tiré passe la traite au crédit du preneur. — 303. La subrogation n'emporte pas novation par la substitution d'un créancier à un autre. — 304. Novation subjective par la substitution d'un débiteur à un autre. .....Expromission. — 305. Substitution de la masse de la faillite au failli, comme débitrice d'un vendeur non payé. — 306. Substitution du tiré au tireur, ou du tireur au tiré, comme

débiteurs uniques du porteur. Comment s'opère cette substitution. Prorogation de délais ; comptes courants.— 307. De la délégation. Quand emporte-t-elle novation ? — 308. Une lettre de change suppose-t-elle une délégation emportant novation ? — 309. Effets de la novation. — 310. Ces effets sont-ils subordonnés à ceux de l'obligation nouvelle ? Distinctions. — 311. Insolvabilité du débiteur délégué. — 312. Effets de la novation relativement aux cautions et aux codébiteurs solidaires.

279. En matière d'obligations conventionnelles, la novation est le changement ou la transformation d'une obligation en une autre, par l'effet d'une convention qui éteint l'ancienne obligation pour la remplacer par une nouvelle. Cette substitution d'une obligation à une autre, étant le résultat d'une convention qui exige pour sa perfection le consentement réciproque des parties, a fait attribuer à la novation qu'elle produit le nom de novation *volontaire*, par opposition à la novation *judiciaire* ou *forcée* résultant d'un jugement de condamnation, dans lequel la partie qui obtient gain de cause trouve un titre nouveau et exécutoire [1]. Nous ne nous occuperons ici que de la novation volontaire ou conventionnelle.

280. Aux termes de l'article 1271 du Code civil, la novation s'opère de trois manières : 1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ; 2° lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé par le créancier ; 3° lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

En d'autres termes, la novation s'opère, soit par un changement qui affecte le fond ou la forme de l'obligation, soit par un changement dans la personne des parties contractantes : dans le premier cas, la novation est objective ; dans

[1] Cujas, sur la loi 3, *Ad senatusconsult. velleian.*

le second, elle est subjective. Du reste, une novation peut être à la fois objective et subjective, puisque rien ne s'oppose à ce qu'il y ait un changement dans l'obligation, en même temps qu'il y a un changement dans la personne des parties qui peuvent s'en prévaloir, ou auxquelles elle peut être opposée.

281. La novation étant la transformation ou la substitution d'une obligation à une autre, suppose nécessairement une obligation antérieure qui sert de cause à l'obligation nouvelle. Il suit de là que si la première obligation est éteinte au moment où la seconde est contractée, on ne peut dire qu'il y ait novation, et la seconde obligation n'est valable que si elle peut se soutenir par une cause qui lui soit propre, sans avoir besoin de puiser sa raison d'être dans l'obligation antérieure.

Par la même raison, une obligation qui serait radicalement nulle, soit pour défaut de cause, soit parce qu'elle serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, soit parce qu'elle aurait pour objet une chose hors du commerce (¹), ne pourrait servir de prétexte à une novation; la seconde obligation serait nulle comme la première, à l'existence ou à la validité de laquelle elle est nécessairement subordonnée.

Mais si la première obligation était seulement annulable ou rescindable, elle pourrait être validée par une novation, parce que la seconde obligation devrait être considérée, soit comme une ratification de la première, soit comme une renonciation aux nullités dont elle serait affectée.

De ce que l'effet de la novation ou de la seconde obligation est subordonné à l'existence ou à la validité de la première, il suit encore que si la première obligation est conditionnelle, la seconde le sera également; en d'autres termes, il

(¹) Voy. *sup.*, t. IV, n. 105.



n'y aura novation que si la condition se réalise, puisque c'est de l'évènement de la condition que dépend la première obligation, de laquelle, à son tour, dépend la seconde. Mais rien ne s'opposerait à ce que, par une convention particulière, les parties, en faisant novation, rendissent la seconde obligation pure et simple, bien que la première fût conditionnelle.

Du reste, la novation est valable, quoique la première dette et celle qui lui est substituée ne soient pas de même nature; ainsi, par le moyen de la novation, une obligation naturelle peut devenir une obligation civile, et une obligation civile devenir une obligation naturelle. *Non interest qualis præcessit obligatio, seu civilis, seu naturalis: qualiscumque sit novari potest, dummodò sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter* (1). Par exemple, le concordat par lequel une remise partielle est faite à un failli, opère novation quant à la partie remise, qui de dette civile devient dette naturelle; et si plus tard le failli s'oblige de nouveau à payer à ses créanciers la partie de leurs créances dont ils lui avaient fait remise, cette nouvelle obligation est incontestablement valable : elle trouve sa cause et son fondement dans la dette naturelle qui subsistait toujours pour cette partie, et à laquelle l'obligation nouvelle fait novation en la transformant en une dette civile (2).

282. La novation étant la transformation d'une obligation en une autre, il en résulte que l'obligation première, remplacée par la seconde, cesse d'exister. De là cette conséquence fort importante, que la novation emporte renonciation au bénéfice de l'ancienne obligation dont elle entraîne

---

(1) L. 1, § 1, *ff, De novat.* — Pothier, *Des oblig.*, n. 554; Casaregis, *disc.* 21, n. 5.

(2) M. Duranton, t. XII, n. 295.

l'extinction, ainsi que celle de tous ses accessoires ([1]).

Il faut donc, pour pouvoir consentir une novation, non-seulement être capable de contracter ([2]), mais encore être capable de renoncer, ce qui n'est pas tout à fait la même chose. En d'autres termes, puisque la novation est la substitution d'une dette à une autre, il faut, pour la rendre valable, que le créancier ait la capacité de remettre l'obligation que la novation doit détruire, et que le débiteur, de son côté, soit habile à contracter la nouvelle obligation qu'on y substitue, ou du moins que le créancier et le débiteur aient un caractère qui les autorise à faire les changements par lesquels la nouvelle obligation diffère de la première ([3]).

C'est pourquoi, la capacité de recevoir le payement ne suppose pas nécessairement la capacité de consentir une novation. Par exemple, celui qui a une procuration spéciale à l'effet de toucher pour le créancier, n'a pas qualité pour innover, à la différence de celui qui a une procuration générale, tel que le syndic d'une faillite.

C'est pourquoi encore, comme nous l'avons déjà vu, la novation, consentie par un des créanciers solidaires, ne peut être opposée aux autres ([4]). Un associé, par exemple, ne peut consentir une novation opposable à ses coassociés, à moins que l'acte de société ne lui ait conféré des pouvoirs plus étendus que ceux qui résulteraient du fait seul de l'association. *Non licet*, dit Cujas, *nobis statim ità argumentari : uni ex argentariis in solidum solvi potest, ergò et pacisci unus potest de solido. Tantum abest enim ut valeat argumentum à solutione ad pactum, ut nec valeat semper à solutione ad novationes*

([1]) C. civ., art. 1278.
([2]) C. civ., art. 1272.
([3]) M. Merlin, *Répert.*, v° *Novation*, § 4.
([4]) Voy. *sup.*, n. 27.

cæterasque liberationes legitimas; nam interdùm is cui solvi potest, novare atque ædeò pacisci non potest, ut adjectus solutionis gratiâ cui debitorem meum jussi solvere et qui est in meâ potestate (1).

283. De ce que la novation emporte renonciation au bénéfice de l'ancienne obligation, il suit encore que la novation ne se présume pas. Mais il n'est pas nécessaire de l'exprimer en termes sacramentels ou équipollents, il suffit que la volonté de l'opérer résulte des faits et actes intervenus entre les parties. C'est ce qui résulte clairement de l'article 1273 du Code civil qui résout ainsi la question, autrefois très vivement controversée, de savoir si la novation devait être expresse; question que les docteurs en droit commercial avaient depuis longtemps résolue dans le même sens. *Ut non contingat novatio*, disait Raphaël de Turri, *nisi id expressè agatur per contrahentes... Tamen id non ità strictè accipiendum est ut contingere nequeat nisi contrahentes expressè dicant se velle novare; sed sufficit quoquo modo id ex verbis et mente contrahentium colligi, cum Justinianus in lege fin.*, C. de Novat., *non sustulerit illam novationem quæ oritur expræsumptâ mente contrahentium, sed illam quæ introducebatur ex legis præsumptione* (2).

A plus forte raison devait-on décider autrefois, et sous l'empire des principes du droit romain, que la novation, surtout entre commerçants, s'opérait par toute espèce de contrat, et aussi bien au moyen d'un pacte nu qu'au moyen d'une stipulation (3). *Ad novationem non est necessaria stipulatio*

(1) L. xxv, *In principio*, *ff. De pactis.* — M. Merlin, *Répert.* v° *Novation*, § 4.

(2) *De cambiis*, *disp.* 2, *quæst.* 8, n. 21 et suiv. Voy. aussi Ansaldus, *disc.* 88, n. 5.; rote de Gênes, *décis.* 2, n. 20; et *décis.* 197, n. 4; Casaregis, *disc.* 35, n. 23; Mantica, *De tacit. et ambig. convent.*, lib. 17, tit. 6 *in fine*.

(3) Voy. *sup.*, t. IV, n. 5.

sed per quemcumque contractum fieri potest, præsertim in curiâ mercatorum in quâ nuda pacta loco stipulationis succedunt (¹). Aujourd'hui la question ne pourrait plus se présenter, soit parce que le droit moderne ne fait aucune différence entre le pacte nu et la stipulation, soit parce que la novation peut s'opérer sans une convention particulière, et par le seul résultat du concours et de la combinaison des actes, et des faits qui les expliquent.

284. C'est ainsi que la novation objective, c'est-à-dire qui s'opère par la substitution d'une obligation à une autre, résulte nécessairement de l'incompatibilité qui existe entre les deux obligations, parce qu'il est évident que les parties en contractant une obligation incompatible avec une obligation antérieure, ont entendu éteindre cette obligation antérieure et la remplacer par l'autre. Cette incompatibilité équivaut à une convention ou à une stipulation expresse de la volonté d'innover. *Ad novationem alicujus obligationis exigitur expressa obligatio, vel actuum incompatibilitas.*

On trouve un exemple d'une novation résultant de l'incompatibilité entre deux obligations ou entre deux contrats successifs, dans le cas où un propriétaire de marchandises, après les avoir chargées sur un navire, avec recommandation d'en faire la délivrance à un tiers indiqué comme consignataire, donne mandat au capitaine de les vendre au lieu d'arrivée. L'obligation que le capitaine avait contracté, *uti locator*, de délivrer les marchandises au consignataire, est éteinte par la nouvelle obligation qui lui est imposée, *uti procurator, seu institor*, de la vendre pour le compte de l'expéditeur, et le consignataire n'est pas fondé à lui en demander la délivrance. *Novatio inducitur*, dit à ce sujet Casa-

(¹) De Turri, *De cambiis*, *disp.* 2, *quæst.* 8, n. 26 ; Casaregis, *disc.* 79, n 19.



regis, *propter novum domini mercium ordinem novamque obligationem cum primâ incompatibilem* (¹).

285. En général, les modifications dont peut résulter la novation objective se réduisent à deux : la substitution d'un nouveau titre à l'ancien, et la substitution d'une prestation à une autre. Mais dans l'un comme dans l'autre cas, on ne doit pas facilement présumer l'intention d'innover quand la novation serait préjudiciable à celui à qui on l'oppose, parce qu'on ne présume pas la renonciation gratuite à un droit : *novatio non præsumitur quando ea inducenti valde esset præjudicia-bilis* (²) ; pas plus qu'on ne peut, à moins de circonstances particulières, la faire résulter d'actes qui n'ont pour but que de donner de nouvelles garanties au créancier, *ex actibus ad majorem cautelam et securitatem gestis* (³) ; ou d'arriver à l'exécution de l'obligation première *ex actibus ad implementum et executionem primæ obligationis tendentibus* (⁴).

286. Ainsi, une dette originairement commerciale ne devient pas purement civile par cela seul qu'elle est ensuite reconnue dans un acte notarié et garantie par une hypothèque. Il n'y a pas là substitution d'une obligation ou d'une dette à une autre : l'obligation change de forme, mais au fond elle reste la même malgré les garanties nouvelles dont elle est entourée et les voies d'exécution qui lui sont ouvertes. L'acte notarié n'opère pas novation de la dette qu'il constate, et dès-lors le payement doit en être poursuivi devant le tribunal de commerce, et non devant le tribunal civil (⁵).

(¹) Disc. 21, n. 4 et 9.

(²) Casaregis, *disc.* 158, n. 5.

(³) *Ibid.*, n. 6.

(⁴) *Ibid.*, n. 8

(⁵) Cass. 21 février 1826 (Dev. et Car., 8, 1, 285); et Grenoble 17 juin 1826 (*Ibid.*, 2ᵉ partie, p. 244).

Denisart, il est vrai, rapporte deux arrêts du parlement de Paris des 9 mars 1736 et 5 avril 1737 qui auraient jugé qu'il y a novation quand un marchand prend une obligation notariée d'un autre marchand auquel il a vendu des marchandises (¹); et un troisième arrêt du 3 septembre 1716, qui aurait également jugé qu'un débiteur, souscripteur de billets pour marchandises reçues, et qui depuis avait passé obligation notariée de la somme due à laquelle on avait joint les billets pour ne servir que d'une seule et même reconnaissance, n'était plus contraignable par corps, attendu qu'il y avait novation, et que depuis l'obligation passée devant notaire, il n'était plus débiteur qu'en vertu de cette obligation (²). Mais ces arrêts supposent à tort qu'il y a incompatibilité entre le caractère commercial d'une obligation et la forme notariale dont elle est revêtue. On comprendrait au surplus, dans l'espèce de l'arrêt du 3 septembre 1816, qu'il eût pu y avoir novation, si les billets primitivement donnés par l'acheteur avaient été annulés par un *acquit*. Cet acquit aurait éteint l'obligation première, et l'acte notarié serait alors devenu l'expression d'une obligation nouvelle. Mais loin de là, ces billets étant restés joints à l'obligation notariée, il est manifeste que les parties n'avaient pas voulu éteindre l'obligation commerciale, ni, en l'entourant de nouvelles garanties, supprimer celles qui y étaient déjà attachées (³).

287. Du reste la renonciation à de certaines garanties pour en obtenir de nouvelles, peut, suivant l'occurrence conduire à la novation. C'est ce qui a lieu notamment en matière de concordat. Le concordat fait avec un failli par le-

(¹) V° *Novation*, n. 9.
(²) V° *Contrainte par corps*, n. 16.
(³) M. Duranton, t. XII, n. 290; M. Zachariæ, t. II, p. 292, note 19.

quel ses créanciers lui font remise de tant pour cent sur le montant de leurs créances primitives, en renonçant aux droits particuliers que ces créances leur donnaient contre lui pour en acquérir de nouveaux stipulés par la convention ou par la loi, tels que les droits d'hypothèque résultant de l'inscription prise par les syndics au nom de la masse ([1]), emporte novation des créances, qui trouvent dès-lors leur point d'appui dans le concordat, et non plus dans les titres antérieurs, tellement que le failli ne serait plus recevable à contester les droits ou les titres anciens des créanciers qui ont pris part au concordat, et dont il a reconnu la dette par cela seul qu'il a consenti à traiter avec eux ([2]).

288. Mais cet effet qui est attaché au concordat, parce que le concordat est un nouveau contrat qui intervient entre le débiteur et les créanciers, n'est pas attaché au procès-verbal de vérification et d'admission d'une créance au passif d'une faillite. Il n'y a pas là de contrat entre le créancier et le débiteur ou ses représentants. L'admission suppose qu'il n'y a pas lieu actuellement de contester la créance; mais elle n'empêche pas qu'elle puisse être contestée plus tard, s'il y a lieu, soit par le failli, soit par les syndics; et le procès-verbal de vérification ne pourrait jamais être considéré comme un titre récognitif dispensant de la représentation du titre primordial ([3]).

289. De même que le failli ne peut plus contester les droits des créanciers avec lesquels il a traité dans le con-

---

([1]) C. com., art. 517.

([2]) Douai, 16 avril 1813 et Colmar, 19 nov. 1813 (Dev. et Car., 4, 2, 294 et 562); cass., 23 avril 1834 (*ibid.*, 1834, 1, 250).

([3]) Cass., 19 juin 1834 (Dev., 34, 1, 511; Dall., 34, 1, 279); Douai, 25 mai 1829 (Dev. et Car., 9, 2, 271). — Voy., en sens contraire, Bordeaux, 2 décembre 1831 (Dev., 33, 2, 49; Dall., 32, 2, 58).

cordat, de même aussi les créanciers qui y figurent ne peuvent prétendre à des droits autres que ceux que le concordat leur reconnaît ou leur accorde. Ainsi le créancier hypothécaire et privilégié qui se présente à une faillite et prend part au concordat, fait novation à sa créance, en ce sens qu'il est présumé renoncer à son privilège, et qu'il n'est plus créancier que de la somme fixée par le concordat ([1]).

290. On trouve un exemple remarquable de la novation qui s'opère par la substitution d'un titre à un autre, dans l'article 189 du Code de commerce, aux termes duquel les actions relatives au payement des lettres de change et des billets à ordre se prescrivent par cinq ans, si la dette n'a pas été reconnue par acte séparé : cette reconnaissance qui proroge la prescription pendant trente ans à partir de l'acte séparé, constitue une véritable novation quant à la prescription à laquelle était soumise la première obligation.

291. De même encore, l'acte par lequel le débiteur d'une somme produisant intérêts souscrit une obligation nouvelle pour les intérêts échus, opère novation, en ce sens que les intérêts deviennent un nouveau capital qui lui-même peut être productif d'intérêts, et qui, au lieu d'être prescriptible par cinq ans, comme les intérêts ou les sommes payables à des termes périodiques ([2]), n'est plus prescriptible que par trente ans. Dans ce cas, en effet, la somme n'est plus due en vertu de l'obligation première qui rendait productif d'intérêts le capital primitif, mais en vertu de l'obligation nouvelle dont ils sont devenus l'objet principal. *Inducitur no-*

([1]) C. com., art. 508 ; cass. 19 juillet 1841 (Dev., 41, 1, 765).
([2]) C. civ., 2277.



vatio, dit à ce sujet Casaregis, *eo ipso quo extinguitur primus titulus debiti, et novus includitur* (¹).

292. Une des questions les plus importantes qui puissent naître, en matière commerciale, de la novation qui s'opère par la substitution d'un titre d'obligation à un autre, consiste à savoir si le créancier, vendeur ou autre, qui reçoit le montant de sa créance en billets à ordre ou en lettres de change, opère novation, de telle sorte qu'il ne puisse plus exercer ultérieurement, à défaut de payement des billets ou des lettres de change, les actions qui étaient primitivement attachées à sa créance. C'est là une question qui est née avec la pratique du change, et qui comporte différentes décisions suivant les circonstances dans lesquelles elle se présente, et suivant les aspects sous lesquels on l'envisage. *Sciendum est*, disait Balde, il y a déjà plus de quatre siècles, *quod campsor aliquando datur pro soluto, aliquando pro solvendo ; nam si actum est ut factâ promissione per campsorem, intelligatur vetus obligatio sublata, et nova subrogata, standum est pacto ; si autem nihil agitur de liberatione, sed solum de obligatione novæ personæ, tunc durat actio prima* (²). On peut même se demander, quand le titre nouveau d'obligation consiste en une lettre de change, s'il n'y pas novation par la substitution d'un débiteur à un autre. Mais c'est là un point de vue particulier auquel je ne me place pas encore, et dont il faut renvoyer l'examen au moment où nous nous occuperons de la novation subjective. Quant à présent, je n'examine la question que sous le rapport de la novation objective, c'est-à-dire opérée par la substitution d'un nouveau titre d'obligation au titre primitif de la créance.

(¹) Disc. 49, n. 19 et suiv.

(²) *Consil.* 348, n. 2.

C'est un usage fort ordinaire en matière commerciale, surtout en matière de vente, de faire, ce qu'on appelle dans le langage des affaires et du commerce, le règlement en billet d'une somme ou d'un prix dû et non encore échu ni exigible; c'est-à-dire qu'au lieu de payer comptant, le débiteur ou l'acheteur remet au vendeur ou au créancier des billets ou des lettres de change pour une valeur égale au prix stipulé ou à la somme due: à cela, l'un et l'autre trouve son compte; l'acheteur une facilité pour acheter à crédit; le vendeur le moyen, en réalisant de suite les valeurs qu'il reçoit, d'avoir la disponibilité actuelle de ses fonds comme s'il avait vendu au comptant. De là la question de savoir si la remise de ces titres nouveaux d'obligation opère novation de la créance primitive, de telle sorte que le débiteur ne soit plus obligé qu'en vertu des billets ou des lettres de change, et non en vertu de l'obligation antérieure, et que le créancier n'ait plus aucun droit aux privilèges attachés, soit par la loi, soit par la convention, à cette obligation.

En règle générale, on doit décider qu'il n'y a pas novation, et que les lettres de change ou les billets donnés en règlement ne constituent pas une créance nouvelle, mais seulement une garantie et un moyen de payement de la créance originaire qui subsiste dans toute sa force. La raison en est que les billets donnés en règlement d'une dette ne sont pas, à vrai dire, donnés en payement actuel, mais seulement pour en assurer le payement futur; leur effet libératoire, loin d'être actuel, reste donc soumis à la condition ultérieure de l'encaissement. S'ils sont encaissés à leur échéance, c'est-à-dire payés, ils éteignent la dette originaire, et tout est terminé; si au contraire ils ne sont pas payés, le créancier est maintenu dans l'exercice des droits et privilèges attachés à la créance originaire, dont il jouit concurremment avec ceux

qui sont attachés aux garanties nouvelles qui lui ont été remises par le débiteur. C'est ce que Casaregis explique très bien en disant que des lettres de change remises à un créancier par son débiteur ou passées à son ordre, ***semper intelliguntur datæ pro solvendo et non pro soluto*** (1). Ansaldus professe la même opinion en disant que l'endossement consenti par un débiteur au créancier ne libère l'endosseur que lorsqu'il est suivi d'un payement réel et effectif : ***æquipollere pecuniæ numeratæ dummodò subsequatur solutio*** (2). Raphaël de Turri avait longtemps avant posé les fondements de cette doctrine dans ces termes, qui en donnent en même temps la raison juridique : ***Novatio non fit per subscriptionem litterarum cambii... Cùm sibi providens de hâc subscriptione, non intendat obligationem priorem extinguere, sicut de facto non extinguit, sed aliam pro majori cautione prioris acquirere: hoc ipsum excludit universam naturam novationis*** (3). Et la Rote de Gênes lui a plusieurs fois donné l'autorité de ses jugements, ***quia de debito præsenti ad promissionem in diem non dicitur facta novatio, ni hoc expressè dicatur*** (4).

293. C'est également en ce sens que se sont prononcés les auteurs et la jurisprudence modernes (5). Des auteurs et des arrêts vont même jusqu'à décider qu'il n'y a pas novation, quoique le créancier, en recevant les lettres de change ou les billets, ait donné quittance au débiteur de la somme

---

(1) ***Disc.*** 51, n. 8.
(2) ***Disc.*** 2, n. 27 et suiv.
(3) ***De camb. disp.*** 1, ***quæst.*** 17, n. 59.
(4) ***Décis.*** 1, n. 7; ***décis.*** 2, n. 11.
(5) Voy. les nombreux arrêts cités dans la collection de MM. Devilleneuve et Carette, vol. III, 2, 468, en note d'un arrêt de la cour de Douai du 2 avril 1811. — M. Pardessus, ***Dr. comm.***, n. 221; M. Merlin, ***Répert.***, v° ***Novation***; M. Duranton, t. XII, n. 287; M. Delvincourt, t. II, p. 567; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n. 376.

au payement de laquelle ils sont destinés (¹). Mais je ne crois pas que cette dernière opinion doive être admise sans réserves. La quittance a pour effet naturel et immédiat d'éteindre l'obligation quittancée. On peut dire que, dans ce cas, les billets ou lettres de change sont reçus, non *pro solvendo*, mais *pro soluto*, puisque le créancier se reconnaît payé. L'obligation primitive est donc éteinte, et si les billets ne sont pas payés à l'échéance, le créancier ne pourrait pas agir en vertu de cette obligation primitive, à raison de laquelle il a reconnu, en donnant quittance, qu'il ne lui était plus rien dû.

Toutefois, la quittance peut être conditionnelle et subordonnée au payement effectif des valeurs reçues et acceptées par le créancier. Il est évident que, dans cette hypothèse, l'obligation première n'est pas éteinte, puisque le créancier, en n'y mettant qu'un acquit conditionnel, s'est réservé le droit d'y recourir pour le cas où les titres nouveaux qui lui sont livrés ne produiraient pas l'effet qu'il en espère (²). Et je pense à ce sujet qu'il n'est pas nécessaire que la condition soit expressément stipulée dans la quittance : il suffit qu'on puisse naturellement l'induire de l'ensemble des conventions intervenues entre les parties. Ainsi, si la quittance indique que le prix a été payé en billets, on doit la présumer subordonnée à l'encaissement des billets. Ainsi encore, si les billets ou lettres de change remis en payement [illegible] une cause qui se rapporte à la vente dont ils [illegible] et indiquent par leur contenu que le [illegible]

(¹) Voy. notamment cass., 22 juin 1841 (Dev. 41, 1, 474); M. Troplong, *Hyp.*, n. 199 *bis*. — *Contrà*, M. Duranton et M. Delvincourt, *ubi sup.*

(²) M. Duranton, *ubi sup.*

en payement, mais en règlement, la quittance mise au bas de la facture devrait être considérée comme une quittance conditionnelle, parce que, pour en saisir le sens, on ne devrait pas la séparer des valeurs dont elle constate la remise. Au contraire, si la quittance était pure et simple, si les billets ou lettres de change ne se référaient pas à la vente qu'ils ont pour but de solder; par exemple, s'ils étaient causés valeur reçue comptant ou en compte, on aurait beau constater qu'ils ont été la cause unique de la quittance mise au bas de la facture : la quittance donnée sans réserves n'en aurait pas moins pour résultat d'éteindre la créance ayant pour cause le prix de vente, et le vendeur ne serait plus créancier que du montant des billets, relativement auxquels il aurait consenti à suivre la foi de l'acheteur ([1]).

294. Les mêmes observations s'appliquent au cas où les effets de commerce sont donnés en payement du prix d'une vente faite au comptant, ou d'une créance échue ou exigible. A moins de conventions particulières, expresses ou tacites, desquelles on pourrait conclure, soit qu'il y a eu réserve des droits conférés par l'obligation qu'il s'agit de payer, soit que le terme d'échéance et d'exigibilité en a été prorogé au jour de l'échéance des billets ou des lettres de change, on devrait décider qu'il y a eu novation de l'obligation originaire, à laquelle a été substituée l'obligation nouvelle dont le titre réside dans les effets reçus en payement par le créancier ([2]).

295. De même, dans la généralité des cas, l'acceptation de billets donnés en renouvellement ou en remplacement de billets antérieurs non payés à l'échéance opère novation de l'obligation; la créance qui résultait des billets est éteinte

---

([1]) M. Pardessus, *ubi sup.*

([2]) Douai, 5 août 1818 (Dev. et Car., 5, 2, 411.)

par le seul fait de l'annulation de ces billets, et se trouve remplacée par celle dont les nouveaux billets sont le titre.

296. Mais il en est autrement de la retraite ou de la nouvelle lettre de change, au moyen de laquelle le porteur non payé à l'échéance, se rembourse sur le tireur ou sur l'un des endosseurs du principal de la lettre protestée, des intérêts du jour du protêt, de ses frais et du nouveau change qu'il paye au banquier qui lui fournit la retraite (¹). Cette retraite et le rechange dont elle est l'expression n'opèrent pas novation de l'obligation du tireur et des endosseurs qui ne sont pas parties à ce nouveau contrat, et qui, malgré la retraite, et jusqu'à ce qu'ils l'aient payée, continuent d'être liés par la lettre de change, qui est le seul titre en vertu duquel ils puissent être poursuivis. Cela est si vrai, que lorsque le porteur prend la voie de la retraite, au lieu de former son action contre le tireur et les endosseurs, les délais de dénonciation et de poursuites n'encourent pas moins contre les divers obligés (²). Les principes, en cette matière, ont été posés par Casaregis de la manière la plus nette et la plus précise : *In hoc recambii genere*, dit le savant docteur italien, *non extinguitur, prout nemo non videt, primum cambium, nec per consequens aliqua prioris debiti novatio conficitur, adeò ut debitor primi cambii maneat adhuc debitor, etiam si creditor millies recambiasset; quia recambiando cum aliis personis, præterquam cum illâ debitoris, impossibile prorsus est aliquam novationem, de cujus substantiâ omnino requiritur ejusdem debitoris interventus; et licet ille teneatur ad solutionem omnium recambiorum contractorum cum aliis præterquam cum debitore, hoc minimè ex eo provenit quod idem directè ad illa solvenda teneatur, sed quia*

(¹) C. com., art. 177 et suiv.
(²) M. Pardessus, n. 439.

indirectè ad ea tenetur, ratione scilicet damni emergentis; nam fuit in causâ cur summam sibi debitam ab aliis creditor cambio acceperit, eamque toties recambiaret [1].

297. Ce qui a été dit plus haut sur le point de savoir si le créancier qui reçoit le montant de sa créance en billets à ordre ou en lettres de change opère novation, peut s'appliquer au cas où il aurait reçu un bon sur un banquier : un bon ou simple mandat de payer, bien qu'accepté par le mandant, ne libère pas le mandataire, tant que le payement n'en a pas été réalisé [2]. Comme la lettre de change avec laquelle ce mandat nominatif ou au porteur offre, sous le rapport qui nous occupe, la plus grande analogie, il est en général réputé donné, non *pro soluto*, mais *pro solvendo.*

298. On voit par ce qui précède d'après quelles règles on doit se guider pour reconnaître la novation objective, c'est-à-dire la novation qui résulte d'un changement ou d'une modification dans le titre même de l'obligation.

La novation subjective, qui résulte d'un changement dans la personne des parties, demande d'autres explications.

Nous avons vu que la novation subjective s'opère de deux manières, soit par la substitution d'un créancier à un créancier, soit par la substitution d'un débiteur à un autre débiteur [3].

Occupons-nous d'abord de la novation qui s'opère par un changement dans la personne du créancier.

Aux termes de l'article 1271 du Code civil, il y a novation lorsque par l'effet d'un nouvel engagement un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur

---

(1) *Disc.* 196, n. 3.
(2) Ansaldus, *Disc. gen.*, n. 276 et suiv.
(3) Voy. *sup.*, n. 280.

se trouve déchargé. En d'autres termes, la novation subjective résultant du changement de créancier, s'opère toutes les fois que, d'après l'intention clairement établie des parties, le débiteur se trouve libéré envers l'ancien créancier, au moyen d'une nouvelle obligation contractée envers le nouveau ([1]).

Observons à cet égard qu'il n'est pas nécessaire, pour l'accomplissement de la novation qu'il ait été expressément stipulé qu'au moyen de l'obligation nouvelle, le débiteur est libéré envers l'ancien créancier : mais cette libération doit être la conséquence naturelle et légale des actes intervenus entre les parties. C'est en ce sens qu'elle doit être expresse, et qu'elle ne se présume point : *Non ex interventu novæ personæ, nisi expressè agatur, novatio inducitur* ([2]). A cette novation particulière s'applique ce que j'ai déjà dit de la preuve de la novation en général ([3]).

Mais il faut, pour qu'il y ait novation par le changement du créancier, que par l'effet des nouveaux arrangements l'obligation contractée envers le premier créancier soit éteinte, et que l'obligation contractée avec le second soit autre que l'obligation contractée envers le premier, puisque sans cette extinction, le débiteur ne serait pas libéré envers le premier créancier.

199. Ainsi, la simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui, n'opère pas novation ([4]). Celui qui indique reste créancier; celui qui est indiqué ne le devient pas : il n'est que mandataire, ou, tout au plus, *ad-*

([1]) M. Zachariæ, t. II, p. 392.
([2]) Rote de Gênes, *décis.* 2, n. 20.
([3]) Voy. *sup.*, n. 283.
([4]) C. c., art. 1277.

jectus solutionis gratiâ; et la position du débiteur n'est pas changée.

300. Ainsi encore, la cession d'une créance n'en opère pas la novation, parce que la créance cédée reste toujours la même, et qu'il n'y a en réalité aucun changement dans la personne du créancier, le cessionnaire ne faisant que continuer la personne du cédant dont il est la représentation exacte ([1]).

Il n'y a donc aucune novation, par l'effet de la substitution d'un créancier à un autre, dans la cession par voie d'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre; c'est pourquoi le porteur en vertu de cet endossement, peut exercer ou céder à son tour tous les droits qui appartenaient à son endosseur et qui sont attachés à l'obligation dont le titre lui est transmis.

301. Toutefois, il est en certains cas assez difficile de reconnaître si la convention par suite de laquelle un débiteur est appelé à se libérer en d'autres mains que celles du créancier originaire, constitue, soit la simple indication d'une personne qui doit recevoir pour le créancier, soit une cession de la créance, ou si au contraire cette convention emporte substitution d'un créancier à un autre, extinction de la créance antérieure, création d'une obligation nouvelle, et par suite, si elle opère une novation par l'effet de laquelle le nouveau créancier ne peut plus se prévaloir vis à vis du débiteur des droits et privilèges attachés à la créance antérieure, pas plus que le débiteur ne peut opposer au nouveau créancier les exceptions qu'il avait contre l'ancien.

On peut se demander, par exemple, en matière de lettres

([1]) Colmar, 8 juin 1840 (Dev. et Car., 3, 2, 285); M. Zachariæ, t. II, p. 392.

de change, si l'indication faite par le tireur d'un preneur auquel doit payer le tiré, opère novation de la créance du tireur sur le tiré, créance qui se trouve affectée à titre de provision au payement de la lettre de change.

De longues controverses ont existé et existent encore sur la nature du contrat de change. Je ne prétends pas m'y mêler ici, ni entrer dans une digression qui me conduirait trop loin; il me suffira, en allant de suite au fond des choses, de faire voir d'abord que ni le contrat de change, ni la lettre de change qui en est l'expression, ne constituent, à proprement parler, la cession d'une créance du tireur sur le tiré : cela est si vrai, qu'une lettre de change peut remplir toutes les conditions essentielles à son existence, lors même que le tireur ne serait pas créancier du tiré et n'aurait par conséquent aucune créance à céder sur ce dernier; cela est si vrai, que dans le cas même où le tireur est créancier du tiré, la lettre de change ne fait mention d'aucune créance cédée, ne s'y réfère ni directement ni indirectement; cela est si vrai, que le tiré n'est obligé envers le preneur que lorsqu'il a accepté la lettre de change (¹), tandis que si le preneur était le cessionnaire réel de la créance du tireur sur le tiré, le tiré deviendrait l'obligé du porteur par le fait seul de la cession, et sans qu'il fût besoin d'une acceptation ultérieure. Le contrat de change n'est donc autre chose que la vente faite dans un lieu d'une certaine somme d'argent livrable dans un autre lieu (²), laquelle somme d'argent est considérée par les contractants en elle-même, d'une manière abstraite, et indépendamment

(¹) C. com., 121.

(²) *Non è altro che una compra del denaro assente, col presente, cambiando questo con quello.* (Casaregis *disc.* 218, n. 16). Voy. aussi Balde, cons. 548, n. 6, De Turri, *De cambiis, disp.* 1, *quæst*, 9, n. 12 et suiv.; Scaccia, § 1, *quæst.* 4, n. 18, 21 et suiv.

des voies et moyens qui doivent en assurer le payement. C'est pourquoi l'article 116 du Code de commerce porte qu'il y a provision, si à l'échéance de la lettre de change celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change, faisant très bien comprendre par là que jusqu'à l'échéance les sommes dont le tiré peut être débiteur envers le tireur restent disponibles entre ses mains, et que le preneur ou porteur de la lettre de change n'y a aucun droit.

Mais de ce que la lettre de change n'est pas une cession de la créance du tireur sur le tiré, en résulte-t-il qu'elle opère novation de cette créance, de telle sorte que le tiré soit libéré à l'égard du tireur, et n'ait plus que le preneur ou le porteur pour créancier? Nullement. Il est bien vrai que le tiré qui avait provision ne peut, surtout après avoir accepté, payer ce qu'il doit au tireur sans s'exposer à payer une seconde fois le montant de la lettre à celui qui en est porteur: *debitor acceptans litteras cambii solvendi uno, non potest amplius solvere domino* ([1]). Mais c'est là une conséquence de l'indication qui lui a été faite d'un tiers qui doit recevoir pour le créancier; or, une simple indication n'opère pas novation ([2]). Peu importe que le tiers indiqué pour recevoir, ne soit pas, à proprement parler, cessionnaire de la créance, et qu'il ait un titre personnel et nouveau. Relativement au débiteur tiré, ce titre n'est autre chose qu'une indication à laquelle il doit se conformer, puisque tel est l'ordre de son créancier; indication qui le constitue mandataire à l'effet de payer, mais qui ne le libère que sous la condition

---

([1]) Rote de Gênes, *décis.* 95, n. 8.
([2]) C. civ., 1277.

qu'il payera. Il est bien vrai encore que le tiré qui a accepté, ne peut opposer au porteur qui devient son créancier, aucune des exceptions de payement, de compensation, de prescription ou autres, qu'il aurait pu opposer au tireur son créancier originaire; mais ce n'est pas par l'effet d'une novation, puisque l'indication de payement qui lui est faite ne le libère pas vis-à-vis de ce créancier : c'est parce que l'acceptation constitue une obligation personnelle envers le porteur, distincte de l'obligation antérieurement contractée envers le tireur; et ces deux obligations n'ont entre elles aucune incompatibilité.

Il suit de là, et cette conséquence est de la dernière importance, que si le tiré ne paye pas le montant de la lettre de change, le tireur qui l'a remboursée au porteur, a contre le tiré non-seulement une action en payement de la lettre de change, mais encore une action en payement de l'obligation antérieure qui constitue le tiré son débiteur, de telle sorte qu'il peut, soit agir contre les cautions de cette obligation [1], soit se prévaloir contre son débiteur de tous les droits et privilèges attachés à la créance originaire, auxquels on ne saurait prétendre qu'il a renoncé sous prétexte d'une novation qui se serait opérée au moyen d'un changement dans le personne du créancier.

302. Toutefois, si la lettre de change n'a pas pour effet nécessaire d'emporter novation et de substituer un créancier à un autre, cette novation ne répugne pas à son essence, et peut résulter des conventions particulières qui en auraient accompagné l'acceptation.

C'est ce qui a lieu par exemple lorsque sur l'ordre du tireur, accepté par le tiré et par le preneur de la lettre, le tiré

---

(1) Paris, 9 juillet 1828 (Dev. et Car., 9, 2, 114; Dall., 28, 2, 166).

a porté sur ses livres le montant de la lettre de change du crédit du tireur, au crédit du preneur. Alors on peut considérer le tiré comme libéré envers le tireur, auquel un nouveau créancier est substitué en la personne du preneur de la lettre. *Quod si debitor, jussus a creditore, in libro suo scripsit se debitorem illius cui jussus est solvere, secutâ ratihabitione per eum cui debet fieri solutio, liberatus est debitor a jubente, et illi alteri tantum modo remanet obligatus. Cum igitur ille cui dirigitur tracta, receptis litteris cambii, dirigit scripturam in libris rationum et dat creditum de remissâ ei cui facienda est solutio, qui consentit, intelligitur facta solutio, et sic per solam scripturæ directionem contingit solutio* [1]. Alors se rencontrent les conditions requises par l'article 1271 du Code civil, à savoir un nouvel engagement par l'effet duquel un nouveau créancier est subtitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

Mais il faut bien remarquer que la novation ne résulte pas dans ce cas de cela seul que le montant de la lettre de change aurait été porté au crédit du preneur sur les livres du tiré ; le tiré ne peut se libérer lui-même ; il faut donc un acte qui démontre l'intention du tireur de libérer son débiteur en se substituant un nouveau créancier ; intention qui, comme nous l'avons déjà vu, ne résulte pas de la lettre de change, et qui exige une manifestation particulière de volonté. C'est d'après l'ensemble des conventions des parties, *secundum subjectam materiam*, comme dit à ce sujet Raphaël de Turri [2], qu'on peut juger si les mentions faites sur les livres du tiré emportent novation à l'égard du tireur.

303. Ce qui a été dit plus haut, relativement à la cession

---

(1) De Turri, *De camb.*, *disp.* 2, *quæst.* 17, n. 2 et 3.
(2) *Ibid.*, n. 11.

qui n'emporte pas novation, bien qu'il y ait substitution d'un créancier à un autre, en la personne du cédant et du cessionnaire, parce que le cessionnaire représente et continue la personne du cédant ([1]), doit également se dire de la subrogation ([2]), parce qu'ici encore, le subrogé est censé ne faire qu'une seule et même personne avec le créancier dans les droits duquel il est subrogé ; et surtout parce que la subrogation emporte de la part du subrogé une réserve expresse ou tout au moins tacite des droits attachés à la créance ([3]), tandis qu'il est au contraire de l'essence de la novation d'emporter l'extinction de ces mêmes droits. *Nihil enim tam repugnat novationi*, disent les docteurs ([4]), *quam præservatio jurium per anteà competentium.*

C'est pourquoi, au dire des anciens cambistes, le payement d'une lettre de change par intervention n'opère pas novation de la créance ([5]) ; ce qui aujourd'hui ne pourrait faire question en présence de l'article 159, qui exclut toute idée de novation, en disposant que celui qui paye une lettre de change par intervention est subrogé aux droits du porteur.

304. La novation qui résulte d'un changement dans la personne du débiteur, lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier, peut s'opérer de deux manières : soit sans le concours de l'ancien débiteur ([6]), soit avec son concours ([7]). Dans le premier cas,

---

([1]) Voy. *sup.*, n. 300.
([2]) Voy. *sup.*, sect. 1, § 2.
([3]) Voy. *sup.*, n. 244.
([4]) Voy. Ansaldus, *disc.* 79, n. 13.
([5]) Ansaldus, *Ubi sup.*, Rote de Gênes, *décis.* 197, n. 4.
([6]) C. civ., art. 1274.
([7]) C. civ., art. 1275.

il y a d'expromission; dans le second cas, il y a délégation.

L'expromission, qui suppose toujours une novation, a lieu lorsqu'un tiers intervenant pour un débiteur, déclare se porter débiteur à sa place, et est accepté comme tel par le créancier, qui consent à décharger l'ancien débiteur. *Expromissor definitur ille qui pro alio, novandi animo, promittit* ([1]). C'est cette décharge qui caractérise l'expromission et conséquemment la novation : si le créancier n'était pas déchargé, l'intervention du tiers constituerait un cautionnement et non une expromission. Cette distinction est très nettement indiquée par Hyp. Marsili, l'un des plus anciens commentateurs du titre du digeste *de fidejussoribus*, en ces termes : *Expromissor est ille, qui pro non obligato promittit.. fidejussor intercedit pro aliquo obligato* ([2]).

Comme je l'ai déjà dit, l'expromission peut avoir lieu sans le concours de l'ancien débiteur. La question a été autrefois controversée ([3]), mais aujourd'hui elle ne saurait être douteuse. L'article 1236 du Code civil qui permet à un tiers non intéressé et agissant en son propre nom de libérer le débiteur en payant pour lui, permet à plus forte raison de le libérer à l'aide d'une obligation nouvelle, personnellement contractée par un tiers ([4]).

On doit donc considérer comme une expromission, toute obligation qui a été contractée par un tiers et acceptée par le créancier, dans l'intention clairement établie de libérer le

---

([1]) Ansaldus, *disc.* 17, n. 9.

([2]) *De fidejussoribus*, n. 4. — Voy. Pothier, *Des oblig.*, n. 538.

([3]) Voy. Faber, *Code*, liv. IV, tit. 15 ; Ansaldus, *disc.* 27, n. 6 et suiv.

([4]) M. Toullier, t. VII, n. 275.

débiteur ([1]). Le droit commercial en fournit quelques exemples.

305. On sait qu'en matière de faillite, l'article 576 du Code de commerce permet en certain cas au vendeur de revendiquer les marchandises expédiées au failli; et que l'article 577 lui permet de retenir les marchandises qui n'ont pas encore été délivrées ni expédiées. L'article 578 ajoute que dans le cas prévu par les deux articles précédents, les syndics ont la faculté d'exiger la livraison des marchandises, en payant au vendeur le prix convenu entre lui et le failli. Cet article autorise une véritable expromission : la masse des créanciers représentée par les syndics, en usant de la faculté que lui confère l'article 578, se met au lieu et place du failli qui est libéré, et contracte envers le vendeur une nouvelle obligation qui remplace l'obligation du failli, laquelle est éteinte.

Il suit de là que le vendeur ne peut opposer à la masse ou aux syndics qui ont exercé la faculté que leur ouvre l'article 578, les exceptions résultant de la faillite, et qu'ils auraient pu opposer au failli. Ainsi, le vendeur ne peut se prévaloir vis-à-vis des syndics, de l'article 444 du Code de commerce, qui déclare le failli déchu du bénéfice du terme : le failli n'est plus débiteur, c'est la masse qui est débitrice, et à l'égard des dettes auxquelles la masse est directement et personnellement obligée, il n'y a point exigibilité par le fait de la faillite. Si donc la vente a été faite à terme, la masse doit jouir du bénéfice du terme, à la charge seulement de donner caution conformément à l'article 1613 du Code civil ([2]).

([1]) M. Zachariæ, t. II, p. 392.
([2]) M. Renouard, *Des faillites*, t. II, p. 562.

306. Autre exemple. Le porteur d'une lettre de change, qui au lieu de recourir contre le tireur ou contre les endosseurs, accorde un délai au tiré qui ne le paye pas à l'échéance, consent par là à une novation qui libère le tireur et les endosseurs, au moyen d'une sorte d'expromission par laquelle le tiré, bien que déjà obligé en son nom propre, assume sur lui seul l'obligation qui pesait également sur les autres coobligés ([1]). *Novationem dicitur intervenisse et liberationem scribentis litterarum cambii, quando creditor cambii recepit partem pecuniæ debitæ ab eo qui litteras acceptavit et fidem cum eo habuit de residuo* ([2]).

Il en serait de même dans l'hypothèse inverse si le porteur non payé à l'échéance, au lieu d'agir contre le tiré ou les autres coobligés, accordait un délai au tireur, ou acceptait un nouvel engagement de sa part. Dans ce cas, il n'aurait plus aucun droit contre le tiré ou les autres coobligés qui seraient libérés par la novation, de telle sorte que si le tireur ne satisfaisait pas à son nouvel engagement, le créancier n'aurait plus aucune action en garantie à exercer contre eux.

Mais ce nouvel engagement constitutif d'une expromission qui opérerait novation, résulterait-il de cela seul que le porteur de la lettre de change non payée à l'échéance l'aurait passée dans le compte courant du tireur et l'en aurait débité? La solution de cette question dépend des circonstances. Si la lettre de change a été passée au débit du tireur dans son compte avec le porteur par suite d'une opération intérieure qui n'a eu d'autre but que de déterminer l'état du compte courant, rien n'est changé dans la position des divers obligés, et le porteur conserve son recours contre eux ([3]).

([1]) Cass., 21 mars 1808 (Dev. et Car., 2, 1, 503; Dall., 6, 617).

([2]) Casaregis, *disc.* 44, n. 1 et suiv.

([3]) Bruxelles, 18 juillet 1810 (Dev. et Car., 3, 2, 308; Dall., 6, 714).

Si au contraire il résulte de l'état des faits qu'en passant la lettre au débit du tireur, le porteur a exécuté une convention antérieure par laquelle la lettre de change non payée devait rester au compte du tireur, dont à la même époque le porteur pouvait, d'après les résultats du compte, être constitué débiteur, alors la novation s'est opérée, et le porteur n'a plus contre le tireur que l'action qui résulte du compte courant.

Dans tous les cas, de ce que le porteur tout en passant le montant de la lettre de change au débit du tireur, aurait gardé l'effet par devers lui, je ne crois pas qu'on puisse en conclure, ainsi que l'a fait un arrêt de la cour de cassation du 27 novembre 1827 [1], qu'il a conservé tous ses droits contre le tiré ou contre les endosseurs, et qu'aucune novation n'ait éteint les droits résultant de la lettre de change : la possession de l'effet par le porteur n'implique aucune contradiction avec les conventions qui, en opérant la novation de l'obligation primitive, en auraient annulé le titre, et qui auraient par suite libéré les coobligés, à qui ce titre cessait d'être opposable.

307. A la différence de l'expromission qui n'exige que le concours du créancier et de celui qui se met à la place du débiteur, la délégation exige nécessairement le concours du débiteur : c'est même le débiteur qui y joue le principal rôle, puisque c'est lui qui indique ou délègue le tiers qui doit payer à sa place. Mais cette indication qui, lorsqu'elle est accompagnée de l'engagement du nouveau débiteur, suffit pour qu'il y ait délégation, ne suffit pas pour qu'il y ait novation : il faut de plus que la délégation ait été acceptée par le créancier, et qu'il ait expressément déclaré qu'il en-

---

[1] Dev. et Car., 8, 1, 708; Dall., 28, 1, 33.

tend décharger son débiteur qui a fait la délégation ([1]). Toutefois cette déclaration expresse n'exige aucune formule sacramentelle : il suffit qu'elle soit la conséquence nécessaire, soit de l'ensemble des conventions des parties, soit des termes dans lesquels ces conventions sont conçues ([2]). La nécessité d'une décharge expresse résout la question autrefois très controversée de savoir si la délégation parfaite, c'est-à-dire acceptée par le créancier, mais sans décharge expresse, emportait de plein droit novation, et condamne l'opinion qui, spécialement en matière commerciale, décidait qu'il n'y avait jamais de délégation sans novation ([3]).

308. Nous avons vu plus haut que l'acceptation d'une lettre de change n'a pas pour effet d'opérer novation à l'égard du tiré par la substitution d'un créancier à un autre dans la personne du porteur ([4]). L'acceptation d'une lettre de change n'opère pas non plus novation à l'égard du preneur et du tireur, par la substitution d'un débiteur à un autre en la personne du tiré ou de l'acceptant. Il est bien vrai qu'il y a au fond de toute lettre de change une sorte de délégation du tiré faite par le tireur, délégation acceptée par le créancier ou le preneur. Mais en recevant la lettre de change, même acceptée par le tiré, le preneur ne décharge pas le tireur, puisque celui-ci continue d'être obligé pour le cas où le tiré ne payerait pas; et nous venons de voir que, sans cette décharge, la délégation n'emporte pas novation. La question a été autrefois

---

([1]) C. civ., art. 1275, 1277.

([2]) M. Toullier, t. VII, n. 290; M. Duranton, t. XII, n. 309; M. Zachariæ, t. II, p. 593, note 26.

([3]) *Delegatio absque novatione non fit.* — Voy. De Turri, *De camb. disp.* 2, *quæst.* 8, n. 37 et suiv.; *quæst.* 19, n. 11; Ansaldus, *disc.* 1, n. 20; *disc.* 3, n. 16; *disc.* 17, n. 12 et suiv.; Rote de Gênes, *décis.* 2, n. 24; *décis.* 19, n. 7; *décis.* 99, n. 2.

([4]) Voy. *sup.*, n. 301.

fort controversée entre les cambistes. Les uns voulaient que la remise d'une lettre de change acceptée par le tiré libérât le tireur au moyen d'une novation : *Cùm is cui fit remissa nominatur in litteris, non solùm ad effectum mandati, in eum collocati à datore de exigendo, sed etiam ad effectum acquirendi obligationem ab eo cui fit tracta, et id ex expressâ voluntate tam debitoris quam stipulatoris ex cambio, nil mirum si novare potest, ut de facto passim novare solet* ([1]). Les autres, au contraire, voulaient que le tireur restât obligé jusqu'à ce que la lettre de change eût été payée : *Dator litterarum cambii remanet obligatus, usquè dùm litteræ fuerint completæ* ([2]); et conséquemment que l'acceptation du tiré n'opérât aucune novation au profit du tireur : *Non inducitur novatio ex solâ acceptatione ordinis et promissione solvendi* ([3]). C'est cette dernière opinion qui a prévalu, et aujourd'hui il n'y a plus de doute possible.

Mais, de même que nous l'avons déjà vu en parlant de l'expromission ([4]), le preneur ou le porteur qui, au lieu d'exiger du tiré son payement à l'échéance, lui ferait crédit et lui accorderait un délai, et qui l'accepterait ainsi pour son créancier unique, *si per eum esset illius fides secuta*, déchargerait le tireur, et ajouterait ainsi à la délégation ce qui lui man-

---

([1]) De Turri, *De camb.*, *disp.* 2, *quæst.* 8, n. 30 et suiv.; Scaccia, p. 374, n. 246 et suiv., 515.

([2]) C'était la coutume de Gênes : *Ex notoriâ et generali consuetudine mercatorum Genuæ, quia quotiescumque quis facit litteras cambii et ille cui diriguntur acceptat et posteà non solvit, scribens remanet obligatus* (Rote de Gênes, *décis.* 2, n. 41).

([3]) Balde, *In leg. si litterarum, Cod. de solut.*; Casaregis, *disc.* 456 n. 4 et suiv.; *disc.* 58, n. 2 et suiv.; *disc.* 78, n. 22; *disc.* 190, n. 16, et 17; Ansaldus, *disc.* 17, n. 26; Rote de Gênes, *décis.* 2, n. 41; *décis.* 168, n. 2.

([4]) Voy. *sup.*, n. 306.

quait pour opérer la novation (¹). Il en serait de même si, au lieu de recevoir un payement effectif, le porteur avait consenti à ce que le montant de la lettre de change entrât dans un compte-courant qu'il aurait chez le tiré (²).

309. Comme je l'ai déjà dit, la novation entraîne l'extinction de l'ancienne obligation et de ses accessoires, tels que privilèges, hypothèques, cautionnement, etc. Puisqu'elle a la force d'un payement, *vim solutionis* (³), elle doit produire les mêmes effets(⁴).

310. Ces effets sont même indépendants de la validité de l'obligation nouvelle et des évènements ultérieurs qui en empêcheraient l'exécution. *La novazione*, dit Casaregis, *nasce subito dalla creazione del nuovo contratto innotativo del primo, e non dalla di lui esecuzione* (⁵). Ainsi, la nullité du titre nouveau, la perte ou l'éviction de la chose donnée en payement, l'insolvabilité du débiteur délégué, ne font pas revivre les droits qui résultaient de l'obligation dont la novation a procuré l'extinction.

Mais il en serait autrement si l'obligation nouvelle était atteinte d'une nullité radicale, et dénuée par conséquent de toute existence soit civile soit naturelle. En effet, de même que la validité de la novation ou de la seconde obligation est subordonnée, ainsi que nous l'avons déjà vu, à l'existence de la première (⁶), de même aussi, l'extinction de la première est subordonnée à l'existence de la seconde.

(¹) Rote de Gênes, *décis.* 1, n. 37 et suiv.; De Luca, *De credito*, *disc.* 25, n. 2 et 3.

(²) De Turri, *De camb.*, *disp.* 2, *quæst.* 19, n. 23; Rote de Gênes, *décis.* 4, n. 13.

(³) Casaregis, *disc.* 21, n. 6 et suiv.

(⁴) Voy. *sup.*, n. 252.

(⁵) *Disc.* 198, n. 12.

(⁶) Voy. *sup.*, n. 281.

Si donc, par exemple, la chose donnée en payement n'existait plus au moment où la novation est conclue, la novation ne produirait aucun effet, parce que la dation en payement serait nulle faute d'objet (1); tandis que si le créancier qui a reçu une chose en payement en était évincé plus tard par un tiers, la première obligation n'en serait pas moins éteinte, sauf toutefois l'action en garantie que ce créancier pourrait exercer contre son ancien débiteur (2).

311. Quand la novation résulte d'une délégation, et que le délégué est insolvable, l'article 1276 du Code civil, accorde au créancier un recours contre le débiteur qui a fait la délégation, pourvu que ce recours soit expressément réservé par l'acte.

Remarquons que pour l'exercice de ce recours, qui n'était pas admis par l'ancienne coutume commerciale (3), il faut que la faillite soit ouverte, c'est-à-dire déclarée ; il ne suffirait pas que le délégué fût en état de cessation de payements, si cette cessation de payements n'avait pas été suivie d'un jugement déclaratif. C'est ce qui résulte des termes mêmes de l'article 1276 du Code civil, qui vient ainsi à l'appui du système que j'ai longuement développé sur la nécessité d'un jugement déclaratif pour la constitution légale de l'état de faillite (4).

312. Nous avons déjà vu (5) que par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codé-

(1) M. Zachariæ, t. II, p. 593.
(2) Casaregis, *disc.* 42, n. 6.
(3) *Decoctio debitoris delegati non facit quin nihil hominus delegans remaneat liberatus.* (Ansaldus, *disc.* 3, n. 19; Rote de Gênes, *décis.* 60, n. 11 ; Scaccia, *De com.*, § 2, gl. 5, n. 296 et suiv.
(4) Voy. t. III, n. 214.
(5) Voy. *sup.*, n. 135.



biteurs sont libérés. De même la novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. Néanmoins si le créancier a exigé dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou dans le second, l'accession des cautions, l'ancienne obligation subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement ([1]).

—

SECTION III. — DE LA REMISE DE LA DETTE.

SOMMAIRE. — 313. Ce que c'est que la remise de la dette. Remise volontaire. Remise forcée ou concordat. — 314. Remise volontaire. Capacité. — 315. Formes : expresse ; tacite. — 316. Présomptions diverses. Remise du titre. — 317. La quittance du capital, donnée sans réserve, emporte-t-elle remise des intérêts ? — 318. Porter une créance sur les livres à l'article des pertes n'est pas en faire la remise. — 319. Renonciation aux garanties ; au nantissement ; à la caution.—320. Effets de la remise relativement aux codébiteurs solidaires ; ....relativement aux cautions, aux endosseurs, à l'accepteur. — 321. Remise forcée ou concordat. Renvoi. Qui peut consentir au concordat ; mineurs ; parents ; femmes. — 322. Effets du concordat, relativement à la caution du débiteur. — 323. De la caution d'un créancier hypothécaire. — 324. La résolution du concordat fait revivre la totalité des dettes, relativement aux cautions, comme relativement au débiteur principal. — 325. Des cautions qui interviennent au concordat.

313. La remise de la dette est la renonciation du créancier aux droits qui lui appartiennent contre le débiteur. Cette renonciation, soit qu'elle ait lieu gratuitement, soit qu'elle intervienne à la suite d'arrangements particuliers et à titre onéreux, éteint, dans un cas comme dans l'autre, l'obligation dont le créancier fait remise au débiteur, en consentant à ne pas s'en prévaloir.

La remise de la dette est volontaire ou forcée.

La remise volontaire est celle qu'un créancier fait à son débiteur, soit de son propre mouvement, soit en exécution

---

([1]) C. civ., 1281.

d'une convention antérieure; ou bien encore celle qui est faite par plusieurs créanciers, d'un consentement unanime, et sans que la volonté des uns ait été ou ait pu être imposée aux autres.

La remise forcée est celle qui, étant faite par plusieurs créanciers collectivement, peut être imposée par la majorité à la minorité, et par les créanciers présents et délibérants aux créanciers absents. Elle conserve le caractère de remise forcée, lors même qu'il y aurait entre tous les créanciers unanimité pour l'accorder au débiteur, parce qu'elle aurait également lieu quand bien même la volonté de tous les créanciers ne se confondrait pas dans un vote unanime. La remise forcée est particulière au droit commercial, et n'a lieu que par suite du concordat intervenu entre un débiteur failli et ses créanciers.

Quoique la remise volontaire puisse avoir lieu aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile, il y a cependant peu de chose à en dire ici, parce que c'est une des manières les moins ordinaires d'éteindre une obligation commerciale. La remise volontaire implique le plus souvent une libéralité; et rien ne répugne plus que la libéralité au caractère des actes commerciaux qui ont toujours et nécessairement le profit pour objet essentiel. Nous allons cependant indiquer les principes généraux qui régissent la remise volontaire, avant de rappeler les règles particulières à la remise forcée ou au concordat commercial.

314. La capacité nécessaire pour faire ou accepter la remise d'une dette se détermine par le caractère même de cette remise. Si elle est faite à titre gratuit, toute personne capable de donner ou de recevoir à titre gratuit, peut la faire ou l'accepter. Si elle est faite moyennant un prix, elle exige

de la part du débiteur la capacité d'aliéner, et de la part du créancier la capacité d'acquérir à titre onéreux ([1]).

315. La remise de la dette n'est en général soumise à aucune forme particulière. Elle peut donc être faite expressement ou tacitement; mais dans l'un comme dans l'autre cas, elle constitue un contrat qui ne lie les parties que lorsqu'il est devenu parfait. Il suit de-là que la remise peut être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui au profit de qui elle est faite ([2]); de telle sorte que, si elle a été offerte par lettre, elle ne devient définitive et irrévocable qu'après que celui à qui elle a été offerte a répondu qu'il acceptait ([3]).

316. La renonciation à un droit ne se présumant jamais, il en résulte qu'en général la remise tacitement faite ne se présume pas, et doit être clairement établie par l'ensemble des actes ou de faits dont on prétend la faire résulter. Cependant il est certains actes auxquels la loi attache une présomption de remise tacite. Ainsi, aux termes de l'article 1282, la restitution volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve complète de la libération du débiteur, et conséquemment de la remise de la dette qui est un moyen de libération ([4]), sans que le créancier puisse être reçu à prouver que cette restitution volontaire n'a pas eu lieu dans le but de libérer le débiteur ([5]). Mais le créancier peut être reçu à prouver que la

---

([1]) Pothier, n. 583 et suiv.; M. Toullier, t. VII, n. 320 et 333; M. Duranton, t. XII, n. 342 et suiv.

([2]) M. Zachariæ, t. II, p. 400.

([3]) Pothier, n. 578; M. Toullier, n. 321; M. Pardessus, n. 252. — Voy., sur la formation des contrats par lettres, *sup.*, t. IV, n. 24 et suiv.

([4]) *Litteræ cambii solutæ solent remanere penes debitoris* (Rote de Gênes, *décis.* 26, n. 23).

([5]) M. Zachariæ, t. II, p. 401, note 21.

restitution n'a pas été volontaire. Ce n'est pas à la possession du titre que le Code attache la preuve de la libération; c'est à la remise ou à la restitution de ce titre. Or, si la possession fait présumer cette restitution, il me paraît manifeste qu'elle n'en fait pas preuve complète, et que le créancier peut, dès-lors être admis à combattre cette présomption par des présomptions ou par des preuves contraires ([1]).

Ainsi encore, aux termes de l'article 1283, la restitution volontaire de la grosse du titre notarié, fait présumer la remise de la dette ou le payement; mais dans ce cas, le créancier qui peut encore prouver l'existence de la créance et en poursuivre le payement, en se faisant délivrer une seconde grosse, est admis à prouver que la remise de la première, quoique faite volontairement, n'a pas eu pour but de libérer le débiteur ([2]).

317. En dehors des présomptions signalées par la loi, il s'en rencontre d'autres que les circonstances peuvent élever à la hauteur d'une preuve complète. Telle est la quittance donnée sans réserve pour le capital, de laquelle on peut facilement induire la remise des intérêts ([3]).

318. Scaccia examine la question de savoir si, par cela seul qu'un commerçant a porté sur ses livres une créance verreuse, à l'article des pertes, *inter avarias*, on doit en conclure qu'il a fait remise de la dette au débiteur sur la solvabilité duquel il ne croyait pas devoir compter : et il décide avec raison, qu'on ne peut trouver dans un pareil fait rien

---

([1]) Voy. au surplus sur la question qui n'est pas sans difficultés, Pothier, n. 572; M. Toullier, t. VII, n. 324 et suiv.; M. Duranton, t. XII, n. 364.

([2]) M. Duranton, t. XII, n. 365; M. Zachariæ, t. II, p. 402.

([3]) *Recipiens sortem absque protestatione remittit interesse* (Rote de Gênes, *décis.* 86, n. 3).

qui implique l'intention de remettre la dette, alors même qu'on y trouverait la preuve que le créancier considérait la créance comme définitivement perdue. Il se fonde sur ce que la remise d'une dette est un acte essentiellement volontaire, tandis qu'une perte est un malheur auquel on se résigne parce qu'on ne peut faire autrement, mais auquel on ne consent pas, et qui ne change pas de caractère par sa mention sur des registres qui doivent présenter l'état exact et véritable des affaires du créancier : *Pati avariam non est donare, remittere vel renuntiare, sed est coactè damnum pati : ergo creditor indicando in ejus libris avariam, non liberat debitorem* [1]. Et Scaccia ajoute que telle était, de son temps, la pratique commerciale : *Et ità de stilo servari sæpe à mercatoribus audivi.*

319. De même les actes par lesquels le créancier manifesterait sa confiance dans la bonne foi ou dans la solvabilité de son débiteur, en renonçant aux garanties qui lui auraient été primitivement accordées, n'impliquent par une renonciation à la créance même. C'est ce qui a lieu spécialement, aux termes de l'art. 1286 du Code civil, pour la restitution de la chose donnée en nantissement, qui ne suffit pas pour faire présumer la remise de la dette ; et, aux termes de l'article 1287, pour la remise accordée à la caution, qui ne libère pas le débiteur principal.

320. La preuve ou la présomption, résultant de la restitution du titre original, ou de la grosse du titre, profite au codébiteur de celui à qui cette restitution a été faite [2]. De même la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à

---

[1] *De comm. et camb.*, § 2, gloss. 5, n. 37 et suiv.
[2] C. civ., art. 1284.

moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers, auquel cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part du codébiteur à qui il a fait remise ([1]).

Quant à la remise accordée au débiteur principal, elle libère les cautions qui ne peuvent être obligées qu'accessoirement; mais celle qui est accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres, parce que les obligations des diverses cautions sont indépendantes ([2]). C'est pourquoi la remise faite à l'un des endosseurs coobligés au payement d'une lettre de change, qui sont à la fois codébiteurs et cautions les uns des autres, ne libère pas les autres coobligés contre lesquels le porteur ne cesse pas d'avoir un recours, tandis que la remise faite à l'accepteur, qui est l'obligé principal, libère les endosseurs qui ne sont tenus que comme cautions et pour le cas seulement où l'accepteur ne payerait pas.

321. Je borne à ces courtes indications les explications relatives à la remise volontaire, et j'arrive à la remise forcée résultant d'un concordat, la seule qui présente en matière commerciale un véritable intérêt.

Sur ce point encore, j'aurai peu de chose à dire. En parlant de l'effet des obligations à l'égard des tiers, j'ai déjà exposé les règles particulières au concordat, comment il se forme et comment il devient obligatoire pour tous les créanciers ([3]); je n'ai donc pas à y revenir ici, et je me bornerai à entrer dans quelques détails sur la capacité nécessaire pour concourir au concordat et sur son effet à l'égard des cautions, points sur lesquels la remise forcée qui a lieu par l'effet du concordat, diffère essentiellement de la remise volontaire.

([1]) C. civ., art. 1285.
([2]) C. civ., 1287.
([3]) Voy. t. IV, n. 295 et suiv.

Nous avons vu tout à l'heure ([1]) qu'il faut être capable de contracter, d'aliéner et d'acquérir, pour pouvoir faire ou accepter une remise. Il en est autrement du concordat : pour y consentir, il n'est pas nécessaire d'être capable d'aliéner; et j'ai expliqué assez longuement, en traitant de la capacité des mineurs, agissant seuls ou avec l'assistance de leur tuteur, comment le tuteur d'un mineur peut, sans l'autorisation du conseil de famille, prendre part à un concordat dans une faillite dont le mineur est créancier ([2]). Pothier en donne une fort bonne raison en disant que la remise qui a lieu par concordat, n'étant pas faite tant *animo donandi* que dans l'intention de s'assurer par ce moyen le surplus de la dette, peut passer pour un acte d'administration dont un tuteur est capable ([3]).

Une question qui a quelque analogie avec celle qui précède et qui peut être considérée jusqu'à un certain point comme une question de capacité, est celle de savoir si les ascendants ou les descendants du failli, son conjoint, peuvent voter au concordat. Ce point a été autrefois très vivement controversé. Casaregis ([4]), après avoir cité des auteurs aujourd'hui fort inconnus ([5]), qui excluaient même les parents du droit de prendre part au concordat, *in hoc numero majoris partis creditorum non esse computandos consanguineos debitoris, qui se subscripserunt illius accordio*, se prononce pour l'opinon contraire avec Straccha ([6]), *qui rectius in contrarium tenuit*, et un grand nombre d'autres auteurs

---

([1]) Voy. *sup.*, n. 314.
([2]) Voy. *sup.*, t. III, n. 138 et suiv.
([3]) *Des oblig.*, n. 383.
([4]) *Disc.* 172, n. 7 et suiv.
([5]) Rodrigues, *De concursu credit.*, part. 1, *in proœm.*, n. 37.
([6]) *De decoct.*, part. 6, n. 9.

parmi lesquels on remarque notre Tiraqueau ([1]); tandis que d'un autre côté, il se joint au cardinal de Luca ([2]) pour condamner l'opinion de ceux qui permettaient à la femme du failli de prendre part au concordat : il ne veut pas qu'elle y apporte un vote dont l'affection ou la crainte altéreraient la liberté, ***ob rationem summæ suspicionis et non liberi assensûs, sive propter nimiam affectionem, sive propter metum reverentialem.***

Mais sous le droit moderne les incapacités ne se présument pas; on ne peut donc, en l'absence d'un texte prohibitif, refuser aux ascendants ou aux descendants du failli, à sa femme, de concourir par leur vote à un concordat qui peut leur être opposé ([3]). Si des raisons de convenance ne permettent pas d'accueillir la provocation de faillite, par un fils contre son père, par une femme contre son mari ([4]), aucune raison de ce genre ne s'oppose, lorsque la faillite est déclarée, à ce qu'ils puissent y débattre leurs intérêts, ou y défendre ceux du failli. Pothier fait même très bien remarquer que la remise qu'une femme ferait par concordat à son mari failli, de ce qu'il lui doit, ne serait pas atteinte par les lois qui limitent la faculté que les époux ont de se faire des donations ou des libéralités, une pareille remise étant faite plutôt par composition que par donation ([5]).

322. Nous avons vu plus haut que la remise accordée au débiteur principal, libère les cautions. Mais il en est autrement de la remise partielle accordée par le concordat au dé-

---

([1]) *De utroq. retract. in præfat.*, n. 44.
([2]) *De credito*, disc. 152, n. 16.
([3]) Cass., 22 août 1843 (Dev. et Car., 44, 1, 186)
([4]) M. Pardessus, n. 1099; M. Boulay-Paty, n. 35; M. Renouard, t. I, p. 271.
([5]) *Des oblig.*, n. 886.

biteur principal failli. La raison de cette différence est que la remise accordée au failli n'est pas volontaire ([1]), ni faite dans l'intention de rendre meilleure la condition du failli, et de lui procurer une libération proprement dite; mais dans le seul but de lui permettre de payer plus sûrement la somme à laquelle est réduite la créance primitive. Le concordat suppose moins une remise proprement dite, qu'une sorte de constatation légale de l'impossibilité dans laquelle se trouve le débiteur de payer au-delà d'une certaine somme. Et il est clair que cette impossibilité ou cette insolvabilité relative ne peut porter aucune atteinte au droit du créancier contre la caution du débiteur, puisque ce droit existe précisément dans la prévision d'une insolvabilité plus ou moins complète, quelle que soit d'ailleurs la manière dont cette insolvabilité est constatée.

Toutefois, la question a fait difficulté, et une distinction a pendant assez longtemps prévalu, dans la doctrine et dans la pratique, entre les créanciers qui avaient consenti au concordat et ceux qui n'y avaient pas consenti : on refusait aux premiers le recours contre les cautions, mais on l'accordait aux seconds. Straccha ([2]) a été l'un des premiers à faire prévaloir un système dont il aurait d'autant moins dû se faire le défenseur, qu'il avait lui-même posé ce principe fondamental en matière de concordat, que la volonté de la majorité fait la loi de la minorité, et que tous les créanciers, soit qu'ils y consentent, soit qu'ils s'y refusent, sont également liés par le traité qui lie la masse et le failli ([3]), de telle sorte que si un recours avait dû être refusé aux uns, on n'aurait pu l'accorder aux autres.

([1]) Voy. *sup.*, n. 157.
([2]) *De decoct.*, part. 6, n. 14.
([3]) *De decoct.*, part. 4, n. 9 et 15. — Voy. *sup.*, t. IV, n. 595.

C'est une loi romaine qui a égaré Straccha. En droit romain, le traité consenti entre un débiteur et la majorité de ses créanciers obligeait la minorité quand il était approuvé par décret du Préteur (¹), absolument comme aujourd'hui le concordat homologué par le tribunal de commerce, lie tous les créanciers. Cependant la loi 58, § 1 *ff*, *mandati vel contrà* fait, pour un cas analogue, une distinction qui semble contredire ce principe. Cette loi prévoit le cas où l'héritier d'une succession chargée de dettes, fait avec les créanciers un traité par lequel ceux-ci consentent à une réduction sur le montant de leurs créances, moyennant quoi l'héritier s'engage à accepter la succession qu'il aurait répudiée si les créanciers n'avaient pas consenti à cette réduction (²). Ce traité consenti par la majorité obligeait la minorité vis-à-vis l'héritier ; mais l'obligeait-elle également vis-à-vis la caution du défunt? Là-dessus, cette loi décide par un motif d'équité (³), que le traité fait avec l'héritier, qui ne pouvait être opposé par la caution du défunt, aux créanciers absents et refusants, pouvait être opposé aux créanciers présents et consentants. Or, il est manifeste que cette loi qui, en distinguant entre la majorité et la minorité, n'avait entendu rendre qu'une décision d'équité, n'avait pas davantage entendu rendre une décision de principe en libérant la caution vis-à-vis de la majorité. C'est à tort, dès-lors, que Straccha y a puisé un motif juridique à l'appui de la distinction qu'il empruntait au droit romain, et on n'y trouve même pas un argument en faveur du système qui voudrait que la caution du failli pût se prévaloir du concordat obtenu par le débiteur principal.

(¹) L. 7, § 19, *ff. De pactis*, l. 10, *in pr.*, *ibid.*
(²) V. Cujas, sur cette loi.
(³) *Iniquum est.*

Quoi qu'il en soit, la question n'était pas unanimement décidée sous l'ancien droit ; le parlement de Paris était divisé ([1]). Des hésitations se sont même produites sous l'empire de la législation nouvelle ; mais elles tendent à disparaître ([2]), et la jurisprudence des arrêts décide aujourd'hui d'une manière uniforme que la remise ou décharge accordée par concordat au débiteur failli, ne libère pas la caution qui reste obligée pour toute la dette, et non pas seulement jusqu'à concurrence de la remise ([3]).

On faisait autrefois à ce système une objection capitale, si elle eût dû rester sans réponse; et à laquelle il faut bien reconnaître qu'on ne répondait pas d'une manière satisfaisante. Si, disait-on, la caution ne profite pas du concordat, et peut-être obligée de payer la totalité de la dette, il arrivera indirectement que le débiteur n'en profitera pas lui-même à cause du recours que la caution qui aura payé la totalité aura contre lui. « La réponse est, disait Pothier ([4]), que cela n'arrivera pas, parce que le fidéjusseur qui a payé le total est, en sa qualité de créancier de cette somme pour son indemnité, obligé, aussi bien que les autres créanciers, d'accéder au contrat d'atermoiement, et de faire sur cette indemnité au débiteur principal, les remises qui sont portées audit contrat. » Pothier avait emprunté cette réponse à Cujas qui, lui-même, l'avait trouvée dans la loi 58, § 1, *ff. mandati*

([1]) Montholon, n. 114; *Journal du Palais*, arrêt du 22 mai 1682; Pothier, *Des oblig.*, n. 580.

([2]) M. Toullier, t. VII, n. 330. — M. Duranton, t. XII, n. 376, de son cours de droit civil, se prononce contre les cautions, après s'être prononcé en leur faveur dans son *Traité des contrats*, n. 590 et suiv.

([3]) Lyon, 14 juin 1826 (Dev. et Car., 8, 2, 243); et 14 avril 1833 (Dev., 33, 2, 428); Paris, 2 juin 1831 (*Ib.*, 32, 2, 221); cass., 9 août 1842 (*Ib.*, 1842, 1, 843).

([4]) *Des oblig.* n. 380.

vel contrà, que j'ai déjà citée, et qui, comme on l'a vu, permettait aux créanciers absents ou non consentants, de recourir pour le tout contre la caution du débiteur défunt, malgré la remise accordée à l'héritier. *At quia dicere quis posset*, dit Cujas ([1]), *non esse absenti creditori servandam electionem in solidum adversus mandatorem vel fidejussorem, hâc ratione, quod si a mandatore, vel fidejussore solidum exigetur, vi ipsâ et effectu ipso, et hœres debitoris in solidum tenetur, cui tamen initio diximus proficere pactionem, quia quod solvit mandator vel fidejussor in solidum, videtur posse repetere ab hœrede : hoc argumentum ut removeat Paulus, ait hœredem debitoris, etiam mandatori vel fidejussori, licet solidum exsolverint, non teneri nisi in portionem de quâ convenit.*

Mais, comme l'a très bien fait remarquer un auteur moderne([2]), lors même qu'on pourrait assimiler la caution ou le fidéjusseur qui a payé pour le débiteur depuis le concordat, et qui, par conséquent, n'était pas créancier au moment de ce traité, aux créanciers qui y ont pris ou dû prendre part, on arriverait encore, dans le système de Pothier et de Cujas, en permettant au créancier de recourir contre la caution pour le tout, à faire payer au débiteur lui-même une partie de la somme dont il a obtenu la remise. Supposons, en effet, un débiteur failli qui a obtenu remise de 50 p. 100, et qui a payé les 50 p. 100 au créancier garanti par une caution. Ce créancier qui a un recours pour le tout contre la caution, pourra lui demander les 50 p. 100 qui lui restent dus ; et si l'on considère la caution comme un nouveau créancier des 50 p. 100 qu'elle a payés, elle aura le droit, aux termes du

([1]) Sur cette loi, *in fine*.
([2]) M. Duranton, t. XII, n. 378.



concordat, d'en demander la moitié, soit 25 p. 100, au débiteur failli qui se trouvera en définitive avoir payé 75 p. 100 d'une dette que le concordat avait réduite à 50.

Il est évident que si le recours intégral contre la caution d'un débiteur failli qui a obtenu un concordat, devait conduire à des conséquences si contraires au but même du concordat, les plus graves objections s'élèveraient contre le système qui accorderait ce recours au créancier.

Le fait est que la caution n'a de recours contre le débiteur failli, pour ce qu'elle a payé, que dans des limites telles que le failli ne puisse jamais payer lui-même plus qu'il ne doit payer aux termes du concordat.

Les droits de la caution, et conséquemment la responsabilité du débiteur, sont réglés dans ce cas par les art. 542 et 543 du Code de commerce qui tranchent des points longtemps restés douteux et indécis.

D'après l'art. 542, le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite, participe aux distributions dans toutes les masses, et y figure pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement.

L'article 543 ajoute qu'aucun recours pour raison des dividendes payés, n'est ouvert aux faillites des coobligés les unes contre les autres, si ce n'est lorsque la réunion des dividendes que donneraient ces faillites, excéderait le montant total de la créance, en principal et accessoire, auquel cas cet excédant sera dévolu suivant l'ordre des engagements à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants.

Du premier de ces articles résulte, ainsi que je l'ai déjà expliqué en parlant des codébiteurs solidaires [1], que la

---

[1] Voy. *sup.*, n. 114 et suiv.

caution qui est assimilée à un codébiteur solidaire, avec cette seule différence que si elle n'est pas solidaire, elle jouit du bénéfice de discussion, ne profite pas des remises accordées au débiteur principal failli : si l'art. 542 lui défend d'en profiter quand elle est même en faillite, et veut qu'elle paye un dividende calculé sur la valeur nominale du titre, a plus forte raison, si elle n'est pas en faillite, est-elle tenue de payer cette valeur nominale.

Et du second de ces articles résulte, comme je l'ai également expliqué relativement aux codébiteurs solidaires ([1]), que la caution, qu'elle soit ou non elle-même en état de faillite, n'a de recours à exercer que lorsque ce qu'elle a payé, réuni au dividende dû par le débiteur principal, excède la totalité de la dette; c'est-à-dire que si le créancier recourt contre la caution après avoir touché un dividende dans la faillite du débiteur principal, ce dividende doit être défalqué du total dont la caution est débitrice; et que si la caution a payé le total, elle a un recours contre le débiteur principal failli, jusqu'à concurrence du dividende par lui dû, et non encore payé; de telle sorte que le débiteur principal ne peut jamais être tenu de payer au-delà du chiffre auquel le concordat a réduit la créance, et que la caution n'a de recours contre lui que lorsqu'il n'a pas encore payé ce chiffre. La raison en est que, pour le failli, le dividende déterminé par le concordat, représente l'intégralité de la dette; de telle sorte que lorsqu'il a payé ce dividende, il ne doit plus rien à personne, ni au créancier qui a fait la remise, ni à la caution qui aurait payé au-delà et qui ne peut le contraindre à payer deux fois ([2]).

([1]) Voy. *sup.*, n. 131 et suiv.

([2]) Voy., pour les plus amples explications qu'exige le système des articles 542 et 545 du code de commerce, ce que j'ai dit, *sup.*, n. 114 et suiv., 131 et suiv., de manière à n'avoir plus besoin d'y revenir ici.

On voit donc comment on doit répondre à l'objection que Pothier et Cujas n'avaient pas complètement détruite, et comment aucune raison tirée de l'intérêt du débiteur principal failli, n'empêche les créanciers de recourir pour le tout contre la caution, malgré la remise accordée à ce débiteur.

323. Une autre question est de savoir si ce recours est ouvert aux créanciers hypothécaires qui ont pris part au concordat, et si la remise accordée par eux au débiteur failli libère le tiers qui aurait donné un cautionnement hypothécaire. La difficulté vient de ce que le créancier hypothécaire, qui prend part au concordat, renonce à son hypothèque, et devient simple chirographaire [1]; d'où l'on peut conclure qu'en renonçant aux garanties hypothécaires que lui avait données son débiteur, il renonce également aux garanties que lui avait données la caution du débiteur. Telle est, en effet, l'opinion qui me paraît devoir être adoptée par ce motif que le concours du créancier hypothécaire au concordat n'a rien de forcé : il est purement volontaire. Si le créancier renonce à son hypothèque pour devenir simple chirographaire, c'est parce qu'il le veut bien. La remise de l'hypothèque et d'une partie de la créance est donc volontaire comme le concours du créancier, et profite alors à la caution en vertu de la règle générale de l'art. 1289 du Code civil, qui reprend son empire dès que vient à cesser la cause particulière qui en suspendait l'application. C'est en ce sens que s'est prononcé un arrêt de la cour de Bordeaux du 28 août 1826 [2], dont les motifs, d'ailleurs fort insuffisants, ne laissent pas pressentir que cette cour ait entrevu le nœud de la difficulté.

---

[1] Voy. *sup.*, n. 289. — C. com., art. 508.
[2] Dev. et Car., 8, 2, 282.

324. Remarquons d'ailleurs que dans tous les cas où le concordat aurait eu pour effet de libérer les cautions du failli, la résolution de ce traité, en faisant revivre l'intégralité des dettes partiellement remises, replacerait les cautions dans les liens dont le concordat les aurait affranchies. Les cautions ne peuvent avoir plus de droits que le débiteur principal, et prétendre à une remise pure, simple et définitive, quand celui-ci n'a obtenu qu'une remise conditionnelle et subordonnée à l'exécution des obligations nouvelles qu'il a contractées envers ses créanciers [1].

325. Il n'est pas besoin de faire remarquer que les cautions qui sont intervenues au concordat pour garantir l'exécution des obligations prises par le failli, ne sont liées que dans les termes mêmes et dans la mesure déterminée par le concordat, et que les explications qui précèdent sur les effets de la remise, relativement aux cautions, leur sont complètement inapplicables.

SECTION IV. — DE LA COMPENSATION.

Sommaire. — 326. Définition de la compensation. — 327. Elle a lieu de plein droit. Notions historiques sur l'introduction de cette règle. — 328. Elle doit être opposée par celui qui veut s'en prévaloir. — 329. On peut renoncer à la compensation acquise; cette renonciation ne se présume pas. La compensation peut être opposée en tout état de cause. — 330. Exemple de renonciation fourni par Scaccia. — 331. On peut renoncer à la compensation non acquise. — 332. Effets de cette renonciation à l'égard des parties et à l'égard des tiers : renvoi. — 333. Conditions de la compensation. Conditions relatives aux dettes. Nature réciproque. Fongibilité — 334. Compensation des dettes de sommes d'argent. *Quid?* du cas où une somme d'argent est due *in genere*, et une autre *in specie*?—335. La compensation s'opère quoique les deux dettes ne soient pas payables dans le même lieu. Explication de l'art. 1296 C. civ. Quand y a-t-il lieu de faire raison des frais de remise. Dettes payables en lieux divers, mais aux domiciles des créanciers... Hors du domicile des

---

[1] C. com., 520.

créanciers respectifs... Aux domiciles des débiteurs. — 336. La compensation, dans ce cas, a-t-elle lieu de plein droit? — 337. En quoi consiste les frais de remises? — 338.... Quand le change est au pair. — 339. ... Quand les lettres de change sur le lieu du payement, gagnent. — 340. ... Quand elles perdent. — 341. Dans ce dernier cas, celui à qui la compensation est opposée doit-il faire raison de l'excédant. — 342. Celui à qui une somme est due dans un certain lieu, ne peut opposer la compensation. — 343. Du cas où les deux dettes peuvent donner lieu à des frais de remise. — 344. De la compensation entre marchandises ou choses fongibles. — 345. De la compensation entre une dette de marchandises ou de denrées dont le prix est réglé par les mercuriales, et une dette d'une somme d'argent. — 346. Il faut pour qu'il y ait compensation que les dettes soient liquides. Ce qu'on entend par dette liquide. — 347. Quand la dette qui résulte de l'obligation de restituer des intérêts usuraires, est-elle liquide? — 348. Il faut pour la compensation que la dette soit exigible. Quand la dette est-elle exigible? Échéance. De l'échéance déterminée ou indéterminée en matière de lettres de change. Des lettres de change à vue ou à un terme de vue. — 349. Le débiteur d'une lettre de change non échue ou à un terme de vue, peut-il, lorsqu'elle est présentée à son acceptation, ne l'accepter que sous réserve d'opposer à l'échéance la compensation de ce que lui doit le porteur actuel. Opinions diverses. — 350. Solution de la question. Cette réserve n'est pas opposable à celui qui est porteur à l'échéance. — 351. Elle est l'équivalent d'un refus d'accepter, et autorise un recours contre le tireur et les endosseurs. — 352. De l'exigibilité par le fait de la diminution des sûretés promises. — 353. De l'exigibilité par le fait de la faillite de l'un des débiteurs. Elle ne peut servir de prétexte à la compensation. — 354. ... Sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les dettes commerciales et les dettes civiles. — 355. Le terme de grâce n'est pas un obstacle à la compensation — 356. Il en est autrement du terme accordé au failli par un concordat. — 357. La condition suspensive empêche la compensation, mais non la condition résolutoire. — 358. L'accepteur à découvert de lettres de change, ne peut, avant d'avoir payé, opposer en compensation au tireur, le montant de son acceptation. — 359. Le tireur peut-il compenser avec sa propre dette la provision que lui doit le tiré? — 360. De la compensation en matière de comptes. — 361. ... En matière de compte simple ou de gestion. — 362. ... En matière de compte courant. Ce que c'est que le compte courant. — 363. La compensation ne s'opère qu'au moment de l'arrêté du compte courant. — 364. La compensation s'opère quand les dettes sont liquides et exigibles, quelle que soit d'ailleurs la cause des dettes. — 365. Exceptions. Du cas où l'une des dettes a pour cause la restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé. — 366.... La restitution d'un dépôt. Prix de la vente d'effets opérée par un agent de change. — 367.... Des aliments déclarés insaisissables. Droit de conduite d'un capitaine.— 368. Conditions relatives aux personnes. Incapacité. Faillite. Renvoi. — 369. La compensation ne s'opère qu'entre individus qui sont réciproquement débiteurs l'un de l'autre. — 370. La dette d'un tuteur ne se compense pas avec ce qui est dû au mineur. — 371. *Quid*, de la compensation des dettes personnelles à l'un des époux avec les dettes de l'autre? Distinction entre les différents régimes. — 372. *Quid*, du cas où la femme est marchande publique?—373. Ce qui est dû au mandataire ou ce que le mandataire doit à un tiers ne se compense pas avec ce que le mandant doit à ce tiers,

ni avec ce que ce tiers doit au mandant.—374. Il en est autrement des dettes ou des créances du commissionnaire. —375. *Quid*, du cas où le commissionnaire au lieu de traiter en son propre nom a traité au nom du commettant?—376. La compensation de ce que doit le commissionnaire avec ce qui est dû au commettant s'opère de plein droit. — 377. Quand et comment la compensation qui s'est opérée entre ce qui est dû au commissionnaire pour le compte du commettant et ce qu'il doit personnellement peut-elle être opposée au commettant? Faillite du commissionnaire. — 378. Quand et comment le commettant pour le compte duquel le commissionnaire a contracté en son propre nom une dette qui s'est compensée avec ce qui était dû au commissionnaire, peut-il se prévaloir de cette compensation? — 379. De la compensation qui s'opère à l'aide d'une cession ou d'une délégation des droits d'un créancier, au profit de celui qui est déjà débiteur du débiteur cédé. — 380. Virements. — 381. Dans ce cas la cession n'a pas besoin d'être expresse. — 382. ... Ni d'être notifiée.—383. Les virements ne peuvent avoir lieu après la faillite du cédant. — 384. Après la cession, la compensation ne peut plus avoir lieu entre le débiteur cédé et le cédant. — 385. Le débiteur cédé ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation de ce que lui devait le cédant. — 384. Mais il faut pour cela que la cession ait été notifiée. — 385.... Ou acceptée, et dans ce cas, elle emporte renonciation à la compensation déjà acquise. — 386. La cession par voie d'endossement des obligations à ordre, n'a besoin ni d'être notifiée, ni d'être acceptée. — 387. ... Lors même qu'il s'agirait d'une obligation à ordre faite par acte notarié. — 388. Mais il faut pour cela que l'endossement soit régulier. — 389. De la compensation en matière de billets au porteur. — 390. Une créance saisie n'est plus susceptible d'entrer en compensation. — 391. De la compensation en matière de faillite. Aucune compensation ne peut s'opérer après le jugement déclaratif. — 392. La compensation peut-elle avoir lieu en vertu d'une convention antérieure à la faillite. — 393. La compensation peut avoir lieu dans le temps intermédiaire qui s'écoule entre la date de la cessation de payements et le jugement déclaratif... par compte courant... par virements. — 394. Après le concordat les dividendes échus peuvent entrer en compensation. — 395. Il en est autrement des remises accordées au failli par le concordat? — 396. Après la dissolution de l'union les sommes dont le failli est resté débiteur sont compensables. — 397. De la compensation en matière de société. Un associé ne peut compenser ce qu'il doit à la société avec ce qui lui dû par un associé, même par l'associé gérant. — 398. L'associé débiteur d'un créancier de la société ne peut opposer la compensation de ce que la société doit à ce dernier. — 399. Le créancier d'un associé, qui est en même temps débiteur de la société ne peut opposer à la société la compensation de ce que lui doit l'associé. — 400. Le créancier de la société qui est en même temps débiteur personnel de l'un des associés, peut opposer à cet associé la compensation de ce que lui doit la société jusqu'à concurrence de la part de cet associé dans la dette sociale. — 401. Un associé ne peut compenser avec sa mise sociale les dettes qu'il aurait contractées envers la société. — 402. La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal; mais la réciproque n'a pas lieu. — 403. Comment le débiteur solidaire peut-il opposer la compensation de ce qui est dû à l'un de ses co-débiteurs? — 404. Compensation des dettes de l'héritier avec celles du défunt. — 405. Effets de la compensation. Extinction des privilèges et hypothèques.

— 406. Effets de la renonciation à l'égard des tiers. — 407. Imputation quand il y a plusieurs dettes compensables. Intérêts. Capital. — 408. La compensation peut être opposée en tout état de cause et jusqu'au payement. Celui qui a payé une dette éteinte par la compensation a une action en répétition.

326. De tous les auteurs qui ont cherché à définir la compensation, M. Zachariæ est celui qui en a donné la définition la plus exacte et la plus claire. La compensation, dit-il, est l'extinction totale ou partielle de deux obligations qui se soldent mutuellement jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, à raison de la circonstance que le créancier et le débiteur de l'une se trouve être en même temps débiteur et créancier de l'autre ([1]). C'est la traduction paraphrasée de la loi romaine : *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* ([2]). Si donc je vous dois mille francs pour marchandises que vous m'avez vendues, tandis que d'un autre côté vous me devez huit cents francs pour loyer des magasins que je vous ai loués, les deux dettes s'éteignent réciproquement jusqu'à due concurrence, et je ne vous dois plus que deux cents francs qui forment la différence entre les créances que nous avons réciproquement l'un contre l'autre. Au moyen de ce payement fictif, on évite le circuit qui résulterait d'un payement réel par lequel, au moment où vous me payeriez huit cents francs, vous seriez autorisé à m'en demander mille, ce qui m'obligerait à vous restituer aussitôt les huit cents francs que vous m'auriez payés, en y ajoutant deux cents francs pour compléter ce que je vous dois. A l'aide de la compensation, deux cents francs suffisent pour solder notre situation réciproque, tandis qu'autrement il eût fallu, pour arriver au même résultat, un mouvement

([1]) Tome III, p. 403. C. civ. 1289.
([2]) Liv. I., *ff. De compensat.*

réel et effectif de dix-huit cents francs en espèces : *Quod potest brevius per unum actum expediri compensendo, incassum protraheretur per plures solutiones et repetitiones* [1].

327. La compensation qui, comme nous le verrons bientôt, joue un grand rôle dans les transactions commerciales, et qui est un des instruments les plus actifs du crédit privé, a lieu de plein droit, par la seule force de la loi, et même à l'insu des débiteurs, de telle sorte que les deux dettes s'éteignent réciproquement, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, et sans que la volonté des partis ait besoin d'être manifestée [2], parce que la compensation étant également avantageuse aux deux parties, la volonté réciproque de compenser se présume toujours. Notre Droit français moderne n'a fait que suivre sur ce point les errements du Droit romain. *Placuit id quod in vicem debetur* IPSO JURE *compensari*, disait la loi 21, *ff. De compensat.*; et Justinien a sanctionné ce principe en le généralisant par la loi dernière au Code *De compensat.*, qui porte : *Compensationes ex omnibus actionibus* IPSO JURE *fieri sancimus.*

Cependant, suivant l'auteur d'un ouvrage élémentaire sur le Code civil [3], tous les auteurs critiqueraient le système de la compensation légale, qui aurait pour résultat unique de procurer au débiteur la faculté de faire des payements partiels; ce qui est en opposition avec la règle de l'article 1244 du Code civil [4]. C'est Pothier qui aurait égaré nos législateurs, croyant sur sa parole que les mots *ipso jure* qui se trouvent dans la loi dernière au Code, au titre *De compensationibus*,

---

(1) Balde.
(2) C. civ., 1290.
(3) M. Boileux, t. II, p. 636, note 2.
(4) Voy. *sup.*, n. 230.

signifient de *plein droit*; tandis que cette loi suppose le cas d'une demande judiciaire à laquelle le débiteur oppose une compensation qui doit le libérer *ipso jure*, c'est-à-dire *d'après le droit civil*. Les romains, ajoute-t-il, ne reconnaissaient pas de compensation légale : chez eux la compensation était toujours facultative.

S'il y a eu erreur, ce n'est pas à Pothier qu'il faut l'imputer; la responsabilité en remonte beaucoup plus haut. Elle revient aux plus savants commentateurs du droit romain (¹), et bien que leur sentiment à cet égard ait trouvé des contradicteurs (²), cependant, sous l'ancien droit, il avait fini par l'emporter, et par avoir en sa faveur la sanction de la jurisprudence (³). Ce n'est pas, d'ailleurs, dans le droit romain seul que le Code civil trouve sa justification : c'est dans la nature des choses, et de ce point de vue, le système de la compensation de plein droit, admise par l'article 1290 du Code civil, ne me paraît pas critiquable; l'objection puisée dans cette circonstance, que la compensation légale conduit à un payement partiel, n'a aucune portée : le payement partiel est la conséquence nécessaire de la compensation légale ou facultative, puisque, dans un cas comme dans l'autre, celui qui est créancier de cinq, et débiteur de dix, ne paie que cinq au moyen de la compensation, soit dans le système qui n'admet la compensation que lorsqu'elle est opposée reconventionnellement, soit dans celui qui l'admet de plein droit. On parle de critiques élevées par tous les auteurs : de tous ceux qui ont écrit sur le Code civil, je n'en connais aucun qui ait manifesté même un simple doute sur le fondement philosophique ou rationnel de l'article 1290.

(¹) Cujas, Perezius, Vinnius, etc.
(²) Notamment le président Favre.
(³) Voy. M. Merlin, *Quest. de droit*, vº *Papier monnaie*, § 4.

Ce qu'il y a de vrai, c'est que dans notre très ancien droit français, et dans les pays de coutume, par des raisons tirées des privilèges des différentes juridictions seigneuriales auxquelles ressortissaient les demandes diverses (¹), on n'admettait même pas la compensation par voie de demande reconventionnelle ou incidente, c'est-à-dire par voie d'exception ou de défense à la demande principale. *Une dette n'empêche l'autre*, disait Loisel (²); et, d'après la coutume de Lorris, plus expresse encore, *Compensation n'avait point lieu en cour laye* (³); de telle sorte que celui qui devait une somme était obligé de la payer à son créancier qui le poursuivait, sauf à son tour à poursuivre son créancier qui lui devait pareille somme, mais devant les juges de ce dernier, sans pouvoir, ni l'un ni l'autre, user de compensation. Cet état de choses ne changea que lors de la réformation des coutumes; et on en vint, non-seulement à la compensation facultative, mais encore à la compensation légale qui était admise dans tous les pays du droit écrit.

Quant au commerce, qui a toujours eu une heureuse tendance à simplifier les formes, à suivre les données de l'équité, et qui, dans l'origine, avait, dans un grand nombre de cas, formulé son droit spécial sur les principes du droit romain, il avait admis la compensation de plein droit, qui est si souvent appelée dans les affaires commerciales à tenir lieu d'un payement réel et effectif (⁴).

(¹) Voy. M. Toullier, t. VII, n. 356.

(²) Liv. v, tit. 2, règl. 3.

(³) Tit. 21, art. 10.

(⁴) De Turri, *De camb. disp.* 2, *quæst.* 8, n. 9 et suiv.; Casaregis, *disc.* 146, n. 58; *disc.* 155, n. 21; *disc.* 178, n. 18; De Luca, *de credito, disc.* 46, n. 22; et *de camb. disc.* 2, n. 21; Roccus, *cap.* 146, n. 7 et 16; Ansaldus, *disc.* 95, n. 22 et suiv.; Rote de Gênes, *décis.* 15, n. 6.



328. Toutefois, de ce que la compensation a lieu de plein droit, il ne faut pas en conclure qu'elle n'ait pas besoin d'être opposée par celui à qui on demande le paiement d'une dette que la compensation a éteinte. Il faut opposer la compensation pour instruire le juge devant lequel la demande est portée que la compensation s'est faite, de la même manière qu'il faut opposer et rapporter les quittances pour repousser la demande en paiement d'une dette déjà payée.

329. Il suit de là qu'on peut renoncer à la compensation acquise, soit tacitement, en ne l'opposant pas, soit expressément, de même qu'on peut renoncer à tout autre avantage [1]. La renonciation à la compensation équivaut alors à une prorogation du terme de paiement accordée au débiteur contre lequel on renonce à s'en prévaloir.

Il faut cependant remarquer, à cet égard, que la renonciation à la compensation acquise ne se présume pas, et que le retard que le débiteur mettrait à l'opposer ne le rendrait pas non recevable à s'en prévaloir plus tard et tant que les choses seraient encore entières. De ce que la compensation s'opère de plein droit, et à l'insu des parties, sans qu'il soit nécessaire que leur volonté soit exprimée, il suit que la volonté contraire, quand elle n'est pas expresse, ne peut résulter que d'un fait qui la présuppose nécessairement. C'est la doctrine de tous les anciens jurisconsultes, tant de ceux qui ont écrit sur le droit civil pur, que de ceux qui ont écrit sur le droit commercial. Tous distinguent entre le cas où le débiteur a manifesté la volonté de ne pas compenser, et le cas où il s'est borné à ne pas manifester la volonté de compenser.

---

[1] M. Toullier, t. VII, n. 393 et suiv. ; M. Zachariæ, t. II, p. 416 ; C. civ., art. 1295.

Admonendum censemus admodum differre casum in quo adfuit in debitore positivus animus, seu voluntas expressa non compensandi, à casu quo defuit, seu non adstitit in eo voluntas compensandi [1]. Si donc celui qui a exprimé la volonté de ne pas compenser, ne peut revenir sur sa rénonciation et opposer la compensation dont il a refusé le bénéfice, celui qui s'est borné à ne pas l'opposer quand il aurait pu le faire, est encore recevable à s'en prévaloir, si les faits qui ont accompagné son silence ne lui donnent pas une signification plus prononcée. Ainsi, celui qui paie un à-compte sur ce qu'il doit, quand il pouvait opposer une compensation, est encore recevable à l'opposer pour le surplus. Ainsi encore, celui qui n'a pas opposé la compensation en première instance, peut l'opposer en appel [2]. Il peut même l'opposer contre l'exécution du jugement ou de l'arrêt, parce que c'est une de ces exceptions qui tiennent lieu de payement, et qui, par conséquent, se proposent autant contre l'exécution d'un jugement et pour empêcher le payement effectif, que contre l'action intentée [3].

330. Scaccia donne un exemple de renonciation à la compensation, qui prouve que cette renonciation a toujours été admise dans le droit commercial. Si, dit-il, lorsque je suis déjà votre débiteur, vous me promettez sous serment, le premier janvier, de me payer cent écus le premier mars, vous êtes tenu de me payer effectivement et réellement au premier mars, sans pouvoir m'opposer la compensation de ce que vous me devez avec ce que je vous devais déjà lors de votre enga-

---

[1] Casaregis, *disc.* 153, n 18; de Luca, *de credito*, *disc.* 46, n. 23, et *disc.* 47, n. 15 et suiv.; Menochius, *cons.* 460, n. 6.

[2] Cass. 4 août 1806 (Dev. et Car. 2, 1, 275).

[3] M. Merlin, *Répert.* v° *Compensation*, § 1, n. 5; M. Duranton, t. XII, n. 439; M. Zachariæ, t. II, p. 416. — Voy. *inf.* n. 408.

gement. *Quod si tu die primâ januarii promisisti cum juramento solvere mihi scutos centum die primâ martii proximè futuri, et quia non solvisti, ago contra te, ut solvas; non poteris opponere faciendam esse compensationem cum tuo credito orto antè dictam primam diem januarii.* Non pas précisément, ajoute-t-il, à cause du serment qui vous lie, comme l'ont pensé certains docteurs ([1]); mais parce que si nous avions voulu compenser, vous ne vous seriez pas reconnu mon débiteur à une époque où j'étais déjà le vôtre. *Ratio meo judicio est, non propter juramentum quod considerant doctores; sed quia si ipsi voluissent compensare, alter eorum non se constituisset debitorem* ([2]). Mais il en serait autrement, ajoute Scaccia, si au moment où le débiteur s'engage, son créancier n'était pas encore devenu son débiteur : *quæ ratio non potest considerari in credito posteà acquisito ab ipso debitore* ([3]).

331. Une question beaucoup plus délicate est celle de savoir si on peut d'avance renoncer à se prévaloir de la compensation non encore acquise. M. Toullier est d'avis que cette renonciation n'est pas valable, et il se fonde sur un argument d'analogie puisé dans l'article 2220 du Code civil, qui défend de renoncer d'avance à la prescription ([4]) Mais comme le fait très bien remarquer M. Zachariæ ([5]), cet argument n'est pas concluant, parce qu'il n'y a aucune assimilation possible entre la prescription, qui est fondée sur un motif d'intérêt public, et la compensation qui ne touche qu'à l'intérêt privé. La renonciation à la compensation acquise est donc une convention licite et conséquemment obligatoire ([6]).

([1]) C'était l'opinion des canonistes. Voy. Pothier, n. 589, 4°.
([2]) *De Comm. et Camb.* § 2, *gloss.* 5, n. 42 et suiv.
([3]) *Ibid.*
([4]) T. VII, n. 393.
([5]) T. II, p. 413, note 1.
([6]) M. Delvincourt, t. II, p. 579; Bordeaux, 7 mars 1831 (Dev., 31, 2, 280).

332. Du reste, comme nous le verrons plus tard, la renonciation à la compensation ne produit pas les mêmes effets vis-à-vis des tiers que vis-à-vis des parties ([1]).

333. La compensation dépend de certaines conditions qui sont relatives, soit aux dettes mêmes qu'il s'agit de compenser, soit aux personnes qui peuvent se prévaloir de la compensation, ou à qui elle peut être opposée. Occupons-nous d'abord des conditions relatives aux dettes.

La compensation étant le concours de deux dettes qui s'éteignent l'une par l'autre en se rencontrant, on doit en conclure qu'il faut que l'une de ces dettes puisse payer l'autre, et réciproquement; en d'autres termes, il faut que la chose due par l'une des parties puisse être donnée en payement de ce qui lui est dû par l'autre. Il est manifeste en effet que si je vous dois vingt pièces de toile, tandis que vous me devez vingt pièces de laine, il ne peut y avoir aucune compensation, puisque la toile que je vous dois ne saurait être payée avec la laine que vous me devez. La compensation ne peut donc avoir lieu qu'entre dettes qui ont pour objet des choses fongibles de la même espèce, c'est-à-dire qui font la fonction l'une de l'autre, et qui se remplacent mutuellement, *quorum alia alterius vice fungitur*.

334. L'argent étant la chose la plus essentiellement fongible, puisque mille francs dus par l'une des parties représentent exactement mille francs dus par l'autre, les dettes de sommes d'argent sont celles qui se compensent le plus naturellement ([2]).

Mais comme des choses ne sont fongibles entre elles que lorsqu'elles sont de la même espèce, *ex pari specie* ([3]), il faut

([1]) Voy. *inf.*, n. 406.
([2]) C. civ. 1291.
([3]) Paul, *sent.*, lib. 2, tit. 5, § 3.

en conclure que si de deux sommes d'argent réciproquement dues, l'une est due *in genere*, c'est-à-dire sans détermination de la monnaie au moyen de laquelle le payement sera effectué, et que le débiteur ait la faculté de s'acquitter en monnaies ayant cours, d'or et d'argent, à son choix; tandis que l'autre est due *in specie*, de telle sorte que la somme dût être payée en monnaie d'une certaine espèce, par exemple, en or ou en monnaies étrangères (¹); alors la compensation ne peut plus avoir lieu, parce que celui des deux débiteurs à qui est due une somme en or, et qui peut se libérer envers l'autre en monnaie d'argent, ne saurait être payé de ce qui lui est dû avec ce qu'il doit. C'est là une règle clairement formulée par la Rote de Gênes: *Compensatio non admittitur de speciebus ad quantitatem, ut etiam non admittitur de pecuniâ debitâ ut species, in pecuniam debitam in genere* (²).

Si donc je vous dois quinze cents francs pour prix des marchandises que vous m'avez vendues, tandis que je suis porteur d'une lettre de change acceptée par vous et stipulée payable en florins de Hollande, il n'y a pas de compensation possible, et nous devons pour nous libérer réciproquement payer, vous des florins, et moi des francs.

335. Du reste, la compensation s'opère quoique les deux dettes ne soient pas payables dans le même lieu. Mais dans ce cas, aux termes de l'article 1296 du Code civil, on ne peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise. Cette disposition, dans laquelle le droit civil emprunte au commerce de l'argent un de ses procédés, n'est pas parfaitement claire et a besoin d'explications.

D'abord, il est manifeste que cet article ne dit pas ce qu'il veut dire. La circonstance que les deux dettes ne sont pas

(¹) Voy. *sup.*, n. 221 et suiv.
(²) *Décis.* 72, n. 6.

payables dans le même lieu, est par elle-même complètement indifférente et ne peut donner lieu à aucuns frais de remise, lorsque chacune des deux dettes doit être payée au domicile du créancier. Si un négociant de Paris et un négociant de Marseille sont réciproquement débiteurs, et doivent payer, celui de Marseille à Paris et celui de Paris à Marseille, la compensation s'opère sans difficulté entre les deux dettes. Chaque débiteur se trouve soldé par ce qu'il doit, et où il doit recevoir; et la distance qui sépare les deux débiteurs respectifs ne fait rien à l'affaire, par la raison qu'elle ne modifie en rien la position ou les droits des parties.

Ce qu'a voulu dire l'article 1296, c'est que lorsque l'une des dettes, ou toutes les deux, doivent être payées, non-seulement en divers lieux, mais de plus hors du domicile des créanciers respectifs, dans un certain lieu, *certo loco*, où le créancier a intérêt à recevoir, celui qui doit payer dans ce certain lieu ne peut opposer la compensation à son créancier qui doit payer dans un autre lieu, qu'en lui faisant raison des frais de la remise, c'est-à-dire des frais que celui à qui la compensation est opposée sera obligé de faire pour se procurer des fonds dans le lieu où sa créance devait lui être payée.

La loi 15 *ff. De compensationibus*, qui prévoit le même cas, et dont l'art. 1296 est la reproduction, offre beaucoup plus de clarté, et ne laisse aucun doute sur le sens de cette disposition. ***Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum : is petit a me quam ei debeo pecuniam : quæro an hoc quoque pensandum sit quanti meo interfuit, certo loco dari. Respondit*** (Javolenus) : ***si Titius petit, eam quoque pecuniam quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum suâ causâ id est ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit pecuniam dari.***

On le voit : la raison de l'article 1296 expliqué par la loi romaine, c'est l'intérêt du créancier à être payé dans un lieu déterminé autre que son propre domicile, puisque lorsqu'il doit être payé à son domicile, la compensation qui s'opère de plein droit équivaut à ce payement, en le dispensant lui-même de payer, et en lui laissant la disponibilité des fonds destinés au payement.

J'inclinerais même à penser que l'article 1296 est inapplicable au cas où les deux dettes doivent être payées au domicile des débiteurs respectifs, suivant les termes du droit commun qui veulent que le créancier aille se faire payer chez son débiteur, et non que le débiteur aille payer chez le créancier ([1]). En effet, si dans ce cas chaque créancier est payé hors de son domicile, ce n'est pas par suite d'une convention particulière motivée sur le besoin qu'il avait de trouver de l'argent dans le lieu où le payement s'effectue; c'est par la force même de la loi. On peut donc dire que la compensation qui s'opère alors, ne dérangeant pas les calculs du créancier, et ne trompant pas ses prévisions, ne lui cause aucun préjudice et ne peut donner lieu à l'indemnité déterminée par l'article 1296, à moins qu'il ne résultât d'ailleurs des circonstances dans lesquelles ont été contractées les obligations respectives, que l'un des créanciers, ou tous les deux, avaient intérêt à trouver des fonds au domicile de leur débiteur, domicile qui deviendrait alors un lieu déterminé dans le sens de la loi 15 *ff. De compensationibus.*

On voit que le sens de l'article 1296 n'est pas facile à préciser.

Mais ce n'est pas tout; et l'application de cet article soulève encore d'autres difficultés principalement relatives au

([1]) C. civ., 1247. Voy. *sup.*, n. 258.

point de savoir en quoi consistent les frais de remise dont celui qui oppose la compensation doit faire raison; quand et par qui ils sont dus; et enfin, si, dans le cas de dettes payables en certains lieux, la compensation s'opère de plein droit. Toutes ces difficultés se tiennent, et la solution des questions qui en naissent se rattache à un ensemble d'idées que je vais chercher à exposer le plus clairement possible.

336. La première question que j'examinerai, parce que sa solution servira à en résoudre d'autres, est celle de savoir si la compensation entre dettes dont l'une seulement, ou toutes les deux doivent être payées dans des lieux déterminés, s'opère de plein droit, ou si elle ne s'opère qu'autant qu'elle est proposée par la partie qui veut s'en prévaloir.

Une des conditions de la compensation, c'est que les deux dettes qu'elle éteint soient dans des conditions telles, que l'une puisse payer l'autre, en d'autres termes, que la chose due par l'un puisse lui tenir exactement lieu de la chose qui lui est due par l'autre. Or, il me semble manifeste que lorsque de deux dettes l'une doit être payée dans un lieu déterminé, elles ne se trouvent pas toutes les deux dans des conditions semblables, et qu'à vrai dire, elles ne sont pas respectivement fongibles, puisque par la compensation qui s'en opérerait de plein droit, celui qui a intérêt à trouver une somme dans le lieu déterminé ne l'y trouverait pas; et qu'en définitive celle des parties qui doit payer dans ce lieu, serait libérée sans avoir rempli toutes ses obligations, puisqu'au moyen de la compensation, elle aurait payé dans un lieu autre que celui dans lequel elle devait payer. La compensation, dans ce cas, est donc purement facultative; c'est-à-dire qu'elle n'a lieu qu'autant que la partie qui l'oppose consent à égaliser les positions en faisant raison à l'autre partie des différences qui existent à son désavantage.

Il est bien vrai que, d'après la plupart des auteurs, la compensation admise par l'article 1296 aurait lieu de plein droit, comme dans les cas ordinaires. M. Toullier est le seul qui ait considéré cette compensation comme facultative [1]; mais il n'a pas motivé son opinion, et dès-lors on a supposé qu'elle se fondait uniquement sur les termes de l'article 1296, qui porte que lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en *peut* opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise; et on a cru la réfuter en disant que ces termes, *on n'en peut opposer la compensation,* n'indiquent pas plus une compensation facultative dans l'article 1296 que dans d'autres articles, tels que les articles 1294 et 1295, où il est évidemment question d'une compensation de plein droit [2]. Réduite à ces termes, la question devrait sans doute être résolue dans un sens contraire à l'opinion de M. Toullier. Mais la véritable raison de décider est ailleurs; elle se trouve dans la différence qui existe entre deux dettes qui ne sont pas payables dans le même lieu. Dans cette occurrence, admettre la compensation de plein droit, ce serait contraindre le commerçant de Paris, qui a un payement à faire à Londres, et qui y a des fonds destinés à ce payement, à supporter les frais frustratoires d'une remise de Paris sur Londres, procédé qui ne pourrait se justifier ni en équité ni en raison, et qui, loin de simplifier les opérations du payement, ce qui est le but de la compensation, ne ferait que les compliquer. C'est pour cela que l'article 1296 veut que dans ce cas on ne puisse opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de remise, et fait dépendre la compensation de l'offre de

---

(1) T. VII, n. 400.
(2) M. Duranton, t. XII, n. 386; M. Zachariæ, p. 422, note 26.

ces frais, ce qui exclut toute idée d'une compensation de plein droit, c'est-à-dire d'une compensation qui s'opère à l'insu des parties, et qui n'est assujétie à aucune condition préalable dont l'accomplissement dépendrait de la volonté de l'une ou de l'autre.

337. Mais en quoi consiste cette condition ? C'est ce que nous avons maintenant à examiner.

Les remises de valeurs de place en place ou d'un lieu sur un autre, se font par l'intermédiaire des banquiers, au moyen du change, qui est une opération par laquelle on échange dans un lieu une somme d'argent contre des titres de créance, ordinairement des lettres de change, payables dans un autre lieu. Le rapport de valeur qui se trouve entre la somme donnée dans un lieu et celle qui doit être touchée dans un autre, constitue le prix du change ou simplement le change, qui varie selon le prix commercial de l'argent dans les différents lieux entre lesquels s'opère l'échange des valeurs. Les lettres de change sont au pair lorsqu'on donne pour les payer la même somme de monnaie qui y est énoncée, et qu'elles doivent faire toucher à l'échéance; elles gagnent lorsqu'il faut donner plus; elles perdent lorsqu'il faut donner moins.

Trois hypothèses distinctes peuvent donc se présenter.

338. *Première hypothèse.* Si vous me devez mille francs payables à Londres, tandis que je vous dois mille francs payables à Paris, lieu de notre domicile commun, et que le change de Paris sur Londres soit au pair, c'est-à-dire, si une lettre de change de Paris sur Londres coûte mille francs, ni plus ni moins, vous n'aurez à me tenir compte, pour que compensation s'opère entre ces deux dettes, que des droits de commission qu'il m'aura fallu payer au banquier auquel j'aurai donné le mandat de faire payer à Londres les mille francs que j'avais intérêt à y trouver, et que, par le moyen

de la compensation, vous m'avez payés à Paris. Dans cette hypothèse, il n'y aura d'autres frais de remise que les droits de commission.

339. *Deuxième hypothèse.* Si quand vous me devez mille francs payables à Londres, tandis que je vous dois mille francs payables à Paris, les lettres de change de Paris sur Londres gagnent, de telle sorte qu'il faille payer plus de mille francs pour avoir une lettre de change de Paris sur Londres, vous ne pourrez m'opposer la compensation entre nos deux dettes qu'en me faisant raison et du droit de commission, et de la somme qu'il faut payer en sus des mille francs pour avoir une lettre de change sur Londres. Les frais de remise se composent alors et des droits de commission et de l'excédant dans le prix du change.

340. *Troisième hypothèse.* Si au contraire quand vous me devez mille francs à Londres, compensables contre mille francs que je vous dois à Paris, les lettres de change de Paris sur Londres perdent, de telle sorte qu'il suffise de donner moins de mille francs pour avoir une lettre de change de mille francs de Paris sur Londres, il est bien évident qu'en m'opposant la compensation, vous n'aurez pas à me tenir compte du prix du change, puisque je gagne sur ce prix, et que vous n'aurez à me tenir compte des droits de commission qu'autant qu'ils me constitueraient en perte, c'est-à-dire, si, ajoutés à la somme qu'il me faut payer pour avoir une lettre de change sur Londres, ils donnent un total qui excède la somme que vous devez me payer à Londres, puisque c'est cet excédant seul qui constitue les frais de remise dont vous devez me faire raison.

341. Mais pouvez-vous, si les droits de commission ajoutés à la somme que je dois payer pour avoir une lettre de change sur Londres, donnent une somme numériquement

inférieure à celle que vous me devez à Londres, me contraindre à vous faire raison de l'excédant, comme vous devriez me faire raison des frais de remise, s'il y en avait? Je ne le pense pas. L'article 1296 est tout dans l'intérêt de celui à qui une somme est due dans un autre lieu, et non dans l'intérêt de celui qui la doit. Il a pour but d'empêcher le premier d'être constitué en perte, et non pour but de constituer le second en bénéfice. On objecterait à tort que cette solution constituerait, le premier, lui-même, en bénéfice, tandis que l'article 1296 n'a pour but que de lui éviter une perte : en réalité, celui à qui une somme est due à Londres ne gagne rien en payant à Paris une lettre de change de mille francs sur Londres, moins de mille francs : il ne touchera jamais que mille francs à Londres où son débiteur s'est engagé à lui faire trouver pareille somme; tandis qu'il perdrait si son débiteur de Londres n'était pas tenu de lui tenir compte des frais de remise, lorsqu'il y en a, puisque, lorsque les lettres de change de Paris sur Londres gagnent, une lettre de change payée à Paris mille francs, ne ferait pas trouver mille francs à Londres.

Il faut bien, d'ailleurs, remarquer que rien ne force celui qui me doit une somme payable dans un autre lieu, de m'opposer la compensation. Les deux sommes dues ne se trouvant pas dans des conditions semblables, la compensation, ainsi que nous l'avons déjà vu ([1]), n'a pas lieu de plein droit; elle est purement facultative, en ce sens qu'elle n'a lieu qu'autant que celui qui l'oppose consent à égaliser les positions, en me faisant raison de la différence qui existe à mon désavantage. Mais, s'il y a une différence à son désavantage et que cependant il m'oppose la compensation,

---

([1]) Voy. *sup.*, n. 338.

il ne peut se plaindre de la position qu'il s'est faite, ni me contraindre à lui faire raison d'un dommage qu'il a volontairement encouru.

342. De là il faut conclure que si je dois, à Paris, une somme à un commerçant de Paris, qui m'en doit une autre payable à Londres, je ne pourrai opposer la compensation à mon débiteur qui, seul, a intérêt à la proposer, et qui peut avoir pris ses précautions pour faire trouver à Londres la somme qui m'y est due.

343. Jusqu'à présent j'ai raisonné dans la supposition où une seule des deux dettes peut donner lieu à des frais de remise. Si l'une et l'autre y donnaient lieu, les frais de remise se compenseraient mutuellement et jusqu'à due concurrence. Dans ce cas, les deux parties pourraient opposer la compensation dans leur intérêt réciproque ; mais, comme cette compensation serait encore subordonnée à l'offre des frais de remise, elle n'aurait pas plus lieu de plein droit, dans cette hypothèse, que dans celle où une seule des dettes doit être payée dans un certain lieu.

344. La plupart des questions qui naissent de la compensation entre deux dettes ayant également pour objet une somme d'argent, peuvent se présenter lorsque les deux dettes, entre lesquelles la compensation s'opère, consistent en une certaine quantité de choses fongibles.

Ajoutons que la compensation n'a lieu entre choses fongibles, qu'autant qu'elles sont de même espèce : ainsi du vin ne se compense pas avec du blé.

Il faut, de plus, que les choses soient de même qualité. Vous ne pourriez compenser du vin de Bordeaux avec du vin de Beaugency.

Il faut encore que les choses réciproquement dues ne

soient déterminées que par leur espèce et leur quantité. Si elles étaient individualisées, elles deviendraient corps certains et ne pourraient plus entrer en compensation comme choses fongibles. J'ai choisi et marqué six pièces de vin dans votre cellier. Plus tard, je me trouve vous devoir six pièces de vin, comme substitué aux obligations d'un tiers. Je puis, sans doute, dans ce cas, consentir à la compensation de nos deux dettes; mais vous ne pouvez m'y contraindre, pas plus que je ne puis vous l'imposer.

Enfin, si l'une des dettes de choses fongibles était payable dans un certain lieu, il faudrait appliquer l'article 1296 du Code civil et les règles ci-dessus développées, relativement aux dettes de sommes d'argent.

Au surplus, le commerce ayant pour but l'échange de denrées ou marchandises d'une espèce, contre des denrées ou marchandises d'une autre espèce, des commerçants ne peuvent que très rarement se trouver réciproquement débiteurs de choses de la même espèce. La compensation de choses fongibles ne peut donc pas se présenter ordinairement en matière commerciale.

345. On peut en dire autant, mais par un autre motif de la compensation, que l'article 1291 du Code civil admet, entre les dettes consistant, d'une part, en prestations en grains ou en denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, et, d'autre part, en une somme d'argent. En effet, dans les relations ordinaires de la vie civile, une somme d'argent peut se compenser avec des denrées dont, au moyen des mercuriales, il est facile de réduire la valeur en argent. Votre fermier vous doit cent hectolitres de blé, suivant une clause de son bail qui l'oblige à vous payer en nature; vous lui devez, en même temps, le prix de réparations que vous l'avez autorisé à faire faire dans les bâti-

ments de la ferme : rien de plus naturel que de compenser les deux dettes.

Mais cette hypothèse, ou toute autre analogue, qui est particulière au droit civil, est peut-être la seule où cette compensation puisse avoir lieu. Elle ne saurait s'opérer entre deux dettes réciproquement dues en vertu du même contrat commutatif. Je vous achète cent hectolitres de blé, moyennant un certain prix ; bien que, dès-lors, nous soyons l'un et l'autre réciproquement débiteurs, vous du blé, moi de l'argent qui en est le prix, il ne peut y avoir aucune compensation entre ces deux dettes, parce qu'en contractant, il a été positivement, bien que tacitement, entendu entre nous, que vous vouliez toucher de l'argent et moi recevoir du blé : autrement nous n'aurions pas contracté. Cela est vrai, soit dans les ventes commerciales proprement dites, soit dans les ventes purement civiles. Mais, dans les transactions commerciales, cette exception forcée, à la disposition finale de l'article 1291, devient, en quelque sorte, de règle générale, parce que les hypothèses du genre de celles que prévoit cet article ne sont pas de nature à s'y présenter ordinairement.

346. Voilà pour ce qui regarde la consistance réciproque des dettes compensables ; venons maintenant aux conditions qui sont relatives aux dettes considérées abstraction faite de leur consistance ou de leur nature réciproque. Ces conditions sont la liquidité et l'exigibilité.

Une dette est liquide, dit Pothier (¹), lorsqu'il est constant qu'il est dû, et combien il est dû, *cùm certum est an et quantum debeatur*. Une dette contestée n'est donc pas liquide ; et, par contre, une dette non contestée, mais dont la

(¹) N. 592.

quotité dépend d'un compte à faire entre les parties, ne l'est pas davantage. C'est donc à la fois la certitude de l'existence de la dette et la détermination de sa quotité, qui rendent la dette liquide et susceptible d'entrer en compensation. Il faut observer, toutefois, qu'on ne doit entendre par dette contestée, que celle qui est contestée légitimement ou raisonnablement, et non celle qui serait niée malgré l'évidence et la justification qui en serait faite [1]; il n'y aurait jamais de compensation possible, s'il suffisait de nier une dette pour la faire tomber dans l'incertitude et l'empêcher d'être claire et liquide.

347. On peut donner pour exemple d'une dette non liquide, celle qui résulte de l'obligation de restituer des intérêts usuraires. Cette restitution n'étant due que lorsqu'elle a été demandée par le débiteur qui prétend avoir payé des intérêts excessifs, et par l'effet du jugement de condamnation qui a liquidé la somme à restituer, il en résulte que la compensation entre les intérêts usuraires restituables et la dette principale, ne s'opère pas à partir du jour où ces intérêts ont été payés, mais seulement à partir de la demande à fin de réduction et de restitution des intérêts [2].

348. Une dette est exigible, lorsque le créancier est actuellement en droit d'en exiger le payement, et que l'exercice de son droit ne peut être suspendu par aucune exception dilatoire.

Il faut donc pour qu'une dette soit exigible qu'elle soit échue, c'est-à-dire que le terme de payement soit arrivé. On sait que le terme, surtout en matière commerciale, et quand il s'agit de lettres de change ou de billets à ordre, est déterminé ou in-

---

[1] Pothier, *ubi sup.* M. Toullier, t. VII, n. 369.

[2] Cass., 9 nov. 1836 (Dev. 36, 1, 805; Dall., 37, 1, 51.); 16 janv. 1837 (Dev. 37, 1, 254; Dall. 37, 1, 150).

déterminé : déterminé, quand l'obligation est payable à un jour fixe, ou après une certaine période de temps qui prend son point de départ de la date; indéterminé, quand l'échéance dépend d'une formalité dont l'accomplissement ultérieur dépend de la volonté du créancier : telles sont les lettres de change à vue, à un ou plusieurs jours, à un ou plusieurs mois de vue. Quand le terme d'échéance est déterminé, il ne peut jamais y avoir de difficulté sur le moment où l'obligation est susceptible d'entrer en compensation. S'il est indéterminé, il dépend du créancier d'une lettre de change à vue qui veut l'opposer en compensation au tiré, son débiteur, de la rendre exigible, ou de faire courir le délai d'exigibilité en la lui présentant. Le tiré, au contraire, est à la discrétion du porteur, et ne peut lui opposer la compensation tant que la lettre de change ne lui a pas été présentée, si elle est à vue, ou tant que le délai de vue n'est pas expiré, si la lettre de change est à un ou plusieurs jours, à un ou plusieurs mois de vue.

349. Mais c'est une question qui fait difficulté, que celle de savoir si lorsqu'une lettre de change non encore échue, ou qui ne doit échoir qu'à un délai de vue, est présentée à l'acceptation du tiré, celui-ci peut ne l'accepter que sous la condition d'opposer en compensation à l'échéance ce qui lui est dû par le porteur; s'il peut, d'après la formule consacrée par les auteurs, *accepter pour payer à lui-même.*

Bien que l'article 2 du titre v de l'ordonnance de 1773 défendît les acceptations conditionnelles, Dupuy de La Serra tranche la question, sans hésiter, en faveur du tiré, auquel il donne le droit de se réserver la compensation, non-seulement de ce qui lui est dû par celui qui est porteur au moment de l'acceptation, mais encore de ce qui lui est dû par le preneur ou le donneur de valeur, qui ne pourraient transmettre aux porteurs ultérieurs plus de droits qu'ils n'en ont eux-

mêmes, « étant bien juste, dit-il, qu'avant que le tiré paye pour son débiteur ou à son acquit, il soit payé lui-même ([1]) » ; puis il accorde au porteur, que cette compensation empêche d'être payé, le droit de recourir, non contre le tireur qui n'est pour rien dans l'obstacle qui empêche le payement, mais contre celui de ses auteurs, preneur, donneur de valeur ou autre, duquel procède la dette qui a servi de prétexte à la compensation.

Pothier a suivi l'opinion de Dupuy de La Serra, avec cette différence toutefois que ce n'est pas la dette du preneur ou du donneur de valeur qui peut, selon lui, devenir une cause de compensation, mais seulement la dette de celui qui est propriétaire de la lettre de change au moment où elle est présentée à l'acceptation. « Ce n'est point, dit-il, une acceptation conditionnelle, lorsqu'étant créancier du propriétaire de la lettre de change, je mets au bas de cette lettre, *accepté pour payer à moi-même*, pourvu que ma créance soit d'une somme liquide, qu'elle soit échue, ou qu'elle doive échoir au temps de l'échéance de la lettre ; le refus que je lui fais par cette espèce d'acceptation de lui faire un payement réel étant un refus qui procède de ce qu'il est mon débiteur, et par conséquent qui procède de son fait, ne peut donner lieu à recours de sa part contre le tireur qui a fourni la lettre ([2]). »

M. Merlin adopte pleinement l'avis de Pothier ([3]).

Ces opinions ont été émises sous l'empire ou sous l'influence de l'ancien droit et de doctrines qui permettaient au tiré d'opposer au porteur à l'échéance, des exceptions qui ne lui étaient pas personnelles ([4]). La doctrine contraire, seule

---

([1]) *Art des lettres de change*, ch. 8.
([2]) *Du contrat de change*, n. 47.
([3]) *Répert.* v° *Acceptation*, n. 5.
([4]) Voy. Dupuy de La Serra, *loco cit.*

conforme aux vrais principes de la cession par voie d'ordre ou d'endossement, qui prévaut aujourd'hui ([1]) en changeant les prémisses, a nécessairement modifié les conclusions. Cependant les auteurs nouveaux sont loin d'être d'accord.

M. Pardessus refuse au tiré à qui une lettre de change est présentée à l'acceptation, le droit d'accepter pour payer à lui-même, et de se réserver ainsi la faculté d'opposer la compensation de ce qu'il doit au porteur, d'abord parce que la dette résultant de la lettre tirée sur lui n'est pas encore échue; ensuite parce que la réserve qu'il ferait d'opposer la compensation, si à l'échéance la lettre se trouvait appartenir encore à son débiteur, ne serait qu'une ressource insignifiante dont le porteur éluderait l'effet en cédant la lettre à un tiers. Dans tous les cas, suivant M. Pardessus, le porteur qui ne voudrait pas recevoir une acceptation dans laquelle serait insérée une réserve de compensation uniquement dirigée contre lui, ne serait point recevable à recourir contre le tireur, comme il en a le droit quand il n'obtient pas une acceptation pure et simple, parce que cette réserve ne proviendrait d'aucun fait imputable au tireur ([2]).

M. Vincens va plus loin que M. Pardessus; et après avoir rappelé l'opinion de Dupuy de La Serra, qui permet d'accepter en ces mots *pour payer à moi-même*, et qui, dans ce cas, n'accorde de recours au porteur et aux endosseurs successifs que contre le donneur de valeur, dont la dette envers le tiré aurait servi de prétexte à l'exception de compensation, et nullement contre le tireur, » c'est ici, dit-il, le plus énorme abus des principes du droit. Quoique les compensations s'opèrent d'elles-mêmes, même à l'insu des intéressés, où

([1]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 95, et *inf.*, n. 586.
([2]) *Droit comm.*, n. 572.

en serait le commerce, si la lettre de change s'éteignait de droit, avant son échéance, dans les mains de quiconque serait débiteur fortuit de celui qui doit la payer, en telle manière que ce porteur ne pût en faire qu'une vente nulle, suivie dans la circulation de reventes sans effet? Il faut avoir été bien étranger au commerce pour supposer qu'il en est ou qu'il pourrait en être ainsi; pour imaginer une prétendue règle aussi opposée à l'essence de la lettre de change. Mais cette idée est repoussée par toutes les lois spéciales de la matière, et sans réplique par celle qui exige l'acceptation pure et simple. Si de l'accepteur au porteur, le premier, pour s'assurer la compensation, s'avisait d'accepter payable à ce porteur seul ou à soi-même, choses aujourd'hui très rarement essayées, ce serait une acceptation conditionnelle, et je ne doute pas que le porteur n'eût le droit de faire protester, et n'eût son recours contre ses antécédents, y compris le tireur (1). »

Voici une réprimande un peu vive. Nous verrons tout à l'heure qu'elle est méritée.

M. Eugène Persil, dans son *Commentaire* des articles du Code de commerce relatifs à la lettre de change, est d'avis que le tiré ne peut valablement accepter pour payer à lui-même que lorsque la lettre de change est échue ou à vue, ce qui ne saurait faire question, puisqu'au moment où le porteur vient lui demander de payer actuellement ce qu'il doit, le tiré peut évidemment lui opposer la compensation de ce qui lui est dû (2). Quant à la question de savoir si lorsqu'il s'agit de l'acceptation d'une lettre de change non échue, le tiré peut accepter pour payer à lui-même, M. Eugène Persil, sans don-

(1) *Legisl. comm.*, t. II, p. 264.
(2) *De la lettre de change*, p. 165.

ner son avis personnel, transcrit une opinion qu'il a trouvée dans des notes autrefois rédigées par son savant père. D'après cette opinion, accepter pour payer à soi-même, ce n'est pas accepter, puisque c'est déclarer que lorsque la lettre de change sera échue, on refusera de la payer. On ne peut donc considérer comme non écrite cette réserve de compensation, tenir la lettre pour acceptée, et le tireur pour libéré par cette acceptation. Accepter pour payer à soi-même est un refus d'accepter qui autorise le porteur à recourir contre le tireur et les endosseurs pour exercer les droits que lui confère l'article 120 du Code de commerce, en cas de non acceptation.

Enfin, un auteur, qui a récemment écrit sur la lettre de change, M. Nouguier, a examiné la question avec plus de détail que tous ses devanciers.

Il distingue entre le cas où le porteur se contente de l'acceptation du tiré sous réserve de payer à lui-même, et ne fait pas protester la lettre de change, faute d'acceptation; et le cas où le porteur qui n'admet pas la compensation prétendue par le tiré, considère la réserve de compenser comme un refus d'accepter, et fait protester faute d'acceptation.

Dans le premier cas, l'acceptation conditionnelle est valable, selon M. Nouguier, et le silence du porteur équivaut à un engagement de sa part de garder la lettre entre ses mains, de ne pas la négocier et de souffrir la compensation. Cependant s'il l'a négociée, quel sera la position du nouveau porteur à l'époque de l'échéance? le tiré pourra-t-il lui opposer la réserve qui limite l'effet de l'acceptation et compenser contre lui, comme vis-à-vis de son débiteur? ou bien, au contraire, le nouveau porteur pourra-t-il considérer l'acceptation conditionnelle comme nulle, et agir contre le tiré en vertu de la lettre de change comme si elle n'avait pas été acceptée? Entre ces deux opinions, M. Nouguier se prononce pour celle qui est

favorable à l'accepteur, par ce motif que la réserve écrite dans l'acceptation, de *payer à soi-même*, a clairement révélé la position de l'endosseur et la volonté de l'accepteur d'opposer la compensation ; de telle sorte que, si, malgré cet avertissement, un cessionnaire consent à recevoir la lettre de change, la négociation en a lieu à ses risques et périls.

Dans le second cas, c'est-à-dire si le porteur ne se contente pas d'une acceptation par laquelle le tiré se réserve de payer à lui-même, le porteur peut, selon M. Nouguier, faire protester au tireur ; mais celui-ci n'est tenu de payer la lettre de change, ou de donner caution pour le payement à l'échéance, conformément à l'article 120 du Code de commerce, que si le tiré n'est pas réellement créancier du porteur d'une dette susceptible d'entrer en compensation. Si le tiré est réellement créancier d'une dette compensable, le porteur n'a rien à demander au tireur à raison d'un refus d'acceptation ou d'une réserve qui ne provient pas de son fait ([1]).

Que d'opinions plus ou moins divergentes ! Dupuy de La Serra permet au tiré d'accepter, pour payer à lui-même, bien qu'il ne soit pas créancier du porteur qui lui présente la lettre à l'acceptation, s'il est, d'ailleurs, créancier du preneur ou du donneur de valeur ; et il ne veut pas que cette acceptation puisse servir de prétexte à un recours contre le tireur. Pothier et M. Merlin n'autorisent l'acceptation pour payer à soi-même, que lorsque l'accepteur est créancier du propriétaire de la lettre. M. Pardessus ne voit dans cette condition de payer à soi-même qu'une réserve inutile, qui ne peut jamais être opposée au porteur lors de l'échéance, et qui, devant être en quelque sorte réputée non écrite, n'autorise aucun recours contre le tireur. M. Vincens considère cette

([1]) *Des lettres de change*, p. 234 et suiv.



acceptation comme nulle, tant relativement au porteur actuel que relativement aux porteurs ultérieurs, et leur permet de recourir contre tous les coobligés au payement de la lettre de change, y compris les tireurs. M. Persil ne regarde pas seulement la réserve comme non écrite : il déclare l'acceptation nulle, de telle sorte que le tireur ne peut jamais s'en prévaloir pour se prétendre libéré et qu'il demeure passible du protêt faute d'acceptation. Enfin, M. Nougnier considère cette acceptation comme valable, tant pour le porteur, qui s'en contente, que pour son cessionnaire; et il n'accorde au porteur qui ne s'en contente pas, un recours contre le tireur, que dans le cas où le tiré se réserverait, à tort, la compensation contre un porteur dont il ne serait pas créancier.

330. De ces diverses opinions, celles de M. Vincens et de M. Persil me paraissent être le plus dans le vrai; mais elles ont besoin d'être complétées.

Rappelons, d'abord, trois principes qui sont en dehors de toute discussion.

La compensation n'a lieu, aux termes de l'article 1291, qu'entre dettes également exigibles; et une dette non échue n'est pas exigible.

L'acceptation d'une lettre de change ne peut être conditionnelle : c'est la disposition expresse de l'article 124 du Code de commerce.

Enfin, celui qui est porteur d'une lettre de change au moment de son échéance, n'est passible d'aucune des exceptions de compensation ou autres que le tiré pourrait opposer, soit au tireur, soit au preneur, soit aux endosseurs précédents. C'est un point que j'ai déjà suffisamment établi ([1]), sur lequel je reviendrai plus tard, et que le lecteur peut accepter, dès à présent, comme constant.

([1]) Voy. *sup.* t. IV, n. 93.

Cela posé, le tiré qui, lorsqu'une lettre de change non encore échue est présentée à son acceptation par un porteur dont il est créancier, l'accepte pour payer à lui-même, fait de deux choses l'une : ou il entend actuellement opposer au porteur la compensation de ce que lui doit celui-ci, avec le montant de la lettre de change; ou il se réserve d'opposer à celui qui sera porteur à l'échéance, la compensation de ce que lui doit celui qui est porteur au moment de l'acceptation.

Dans le premier cas, les deux dettes n'étant pas actuellement exigibles, le porteur ne peut se prévaloir d'aucune compensation légale. La compensation qu'il oppose au porteur n'est donc qu'une compensation conventionnelle, une proposition de considérer, dès à présent, la lettre de change comme éteinte. Or, cette proposition, qui a pour objet d'annuler un titre, ne peut produire d'effet qu'autant que le porteur, auquel elle est adressée au moment de l'acceptation, y consent d'une manière expresse. Il faut une convention nouvelle pour dissoudre une convention antérieure. Jusqu'à ce que cette convention soit formée par l'acquiescement du porteur, exprimé sur le titre même de la lettre de change, la réserve de compensation faite par l'acceptant demeure une demande sans réponse et conséquemment sans résultat.

Dans le second cas, la réserve d'opposer au porteur ultérieur une compensation du chef d'un porteur antérieur, est radicalement nulle comme contraire à tous les principes de l'endossement et du change, et ne peut, dès-lors, être opposée au porteur ultérieur. Il n'en serait autrement que si le porteur antérieur avait expressément consenti à cette réserve par la lettre même, ce qui équivaudrait à son annulation : en effet, tant qu'une lettre de change reste dans la circulation, une réserve qui aurait pour but de lui enlever tous ses effets à l'échéance, n'a aucune valeur et ne peut produire aucun

résultat, si cette réserve n'a été faite que par le débiteur seul auquel elle doit profiter, et n'a pas été consentie par le créancier à l'encontre duquel elle est faite.

C'est à tort qu'on assimilerait une acceptation pour payer à soi-même, aux clauses accessoires qui peuvent être insérées, soit dans le corps même de la lettre de change, soit dans les endossements successifs, telles que l'indication d'un besoin, et la stipulation de retour sans frais. D'abord, ces clauses accessoires n'ont pas pour objet de modifier l'essence même du contrat de change, de l'annuler de fait pendant qu'il est encore destiné à circuler, mais d'en régler l'exécution. Elles ne touchent en rien aux droits du porteur; elles déterminent seulement comment le tireur ou les endosseurs entendent que ces droits soient exercés. On comprend, dès-lors, qu'elles puissent faire la loi des parties, sans que le porteur, auquel elles imposent certaines conditions, ait eu besoin d'y consentir d'une manière expresse, comme s'il s'agissait d'un nouveau contrat à substituer au contrat primitif. Au contraire, le tiré qui accepte pour payer à lui-même ne fait autre chose que stipuler une compensation conventionnelle qui éteindrait la dette résultant de la lettre de change. Or, il est bien clair que le consentement à cette stipulation, qui change du tout au tout la position réciproque des parties, ne peut pas se présumer parce qu'il s'agit ici d'une renonciation à un droit, qui doit être énoncée d'une manière expresse; et que le porteur qui, malgré la réserve de l'accepteur, laisse la lettre de change dans la circulation, loin de consentir à cette réserve, proteste de la manière la plus énergique contre la prétention du tiré. Donc, sous ce premier rapport, pas d'assimilation possible entre l'indication d'un besoin ou la stipulation du retour sans frais, et l'acceptation pour payer à soi-même.

Ensuite, la stipulation du retour sans frais, l'indication d'un besoin, sont des clauses qui ne pourraient jamais émaner du tiré auquel il est défendu d'accepter conditionnellement, mais seulement des tireurs ou des endosseurs. A plus forte raison le tiré ne peut-il mettre à son acceptation la condition de payer à lui-même. L'article 124 du Code de commerce en disposant que l'acceptation ne peut jamais être conditionnelle, a voulu qu'aucune réserve provenant du fait du tiré, ne pût retarder, suspendre ou empêcher le payement à l'échéance : comment, dès-lors, pourrait-on valider à quelque degré que ce fût, une réserve qui aurait plus que toute autre pour effet certain et inévitable d'empêcher le payement de la lettre de change?

De tout ce qui précède, on doit conclure que l'acceptation pour payer à soi-même ne peut préjudicier aux droits de celui qui, à l'échéance, se trouve porteur de la lettre de change, pourvu, toutefois, qu'il soit autre que celui qui était porteur au moment de l'acceptation; car il est bien évident que si le tiré est créancier de ce porteur, il pourra lui opposer la compensation à l'échéance : il n'y avait pas besoin de réserve pour cela.

351. Mais cette acceptation libère-t-elle le tireur, ou bien doit-elle être assimilée à un refus d'acceptation qui autorise le porteur à recourir contre le tireur ou les endosseurs précédents pour les contraindre à rembourser l'effet, ou à donner caution du payement à l'échéance, conformément à l'article 120 du Code de commerce?

Il est de la dernière évidence que la réserve faite par le tiré dans son acceptation équivaut à un refus d'acceptation. Toute acceptation conditionnelle est assimilée par l'article 124 à un refus d'acceptation qui ouvre au porteur le recours que lui donne l'article 120. A plus forte raison en doit-il

être ainsi de l'acceptation sous condition de payer à soi-même, puisqu'elle signifie clairement que le tiré ne veut pas payer la lettre de change, et qu'il entend s'acquitter en monnaie de compensation. J'avoue ne pas comprendre comment on a pu trouver un motif d'exonérer le tireur dans cette circonstance que le refus, la condition ou la réserve imposés par le tiré ne proviennent pas du fait du tireur, mais du fait du porteur qui présente la lettre à l'acceptation. Sans doute, si l'on admet que le tiré a le droit de se réserver du chef du porteur actuel une compensation contre le porteur ultérieur qui lui présentera la lettre à l'échéance, il est clair que ni le tireur, ni les endosseurs, ne peuvent répondre des suites de l'exercice de ce droit. Mais si, comme je crois l'avoir prouvé, le tiré qui accepte sous la réserve de payer à lui-même, fait ce qu'il n'a pas le droit de faire, et si sa déclaration équivaut en définitive à un refus d'accepter, le recours est évidemment ouvert contre le tireur et les endosseurs auxquels on peut faire un protêt faute d'acceptation. Peu importe quelle est la cause ou le prétexte du refus d'acceptation : ce refus expose le tireur à l'action du porteur, parce que le tireur a pour obligation de faire accepter. Autoriser le tireur à prendre fait et cause du tiré, et à se prévaloir de la compensation dont celui-ci a fait la réserve, c'est supposer que cette réserve est valable, et que là où il n'y a pas lieu à la compensation légale, on peut cependant agir par voie de compensation; en d'autres termes, c'est tourner dans un cercle vicieux. Le droit de recours dépend de la validité de l'acceptation. S'il y a acceptation valable, il n'y a pas de recours possible, cela est certain. Mais si l'acceptation est nulle, comme je crois l'avoir prouvé, le recours est ouvert contre le tireur qui ne peut pour se défendre opposer du chef du tiré une exception dont le tiré lui-même n'a pu se prévaloir.

En résumé, les règles particulières à la transmission des lettres de change, par voie d'endossement, se réunissent aux principes généraux de la compensation pour interdire au tiré la faculté d'opposer à la lettre de change non encore échue, la compensation de ce que lui doit le porteur qui la présente à son acceptation.

352. Nous avons vu que pour qu'une dette soit exigible, il faut que le terme de payement soit arrivé. Il y a une sorte d'exigibilité particulière qui résulte de certaines circonstances, dont l'effet est de priver le débiteur du bénéfice du terme, lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (1). Dans ce cas, la dette dont l'époque d'exigibilité se trouve exceptionnellement rapprochée, est susceptible d'entrer en compensation, mais on comprend que cette compensation ne s'opère pas de plein droit et ne peut avoir lieu que lorsqu'il a été judiciairement constaté que les sûretés promises ont été diminuées.

353. La faillite du débiteur entraîne également la déchéance du terme (2). Le jugement déclaratif de faillite, dit l'article 444 du Code de commerce, rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues. Mais, dans ce cas particulier, et malgré l'exigibilité produite par la faillite, la dette ne devient pas susceptible de compensation. La raison en est que le failli, après sa faillite, ne peut, ainsi que nous le verrons bientôt (3), faire aucun payement au préjudice de la masse de ses créanciers, entre lesquels doit régner l'égalité la plus complète : la compensation qui romprait cette égalité doit donc être interdite comme le payement lui-même.

---

(1) C. civ. art. 1188. Voy. *sup.*, t. IV, n. 452.
(2) C. civ., art. 1188.
(3) Voy. *inf.*, n. 391 et suiv.

D'ailleurs, l'exigibilité produite par la faillite n'est pas une exigibilité ordinaire, et ne donne pas au créancier le droit d'agir contre son débiteur pour se faire payer. Cette exigibilité ne produit d'autre effet que d'assimiler la dette non échue aux dettes échues qui composent la masse de la faillite, en les faisant concourir toutes ensemble pour obtenir un payement proportionnel, soit à l'aide d'un concordat, soit à l'aide d'un contrat d'union. Si l'exigibilité produite par la faillite autorisait la compensation, la dette non échue, en se compensant, se trouverait dans une position plus favorable que les dettes échues qui restent soumises à toutes les éventualités de la faillite.

Toutefois, Casaregis, trompé sans doute par les apparences, décidait le contraire et admettait la compensation des dettes que la faillite rend exigibles avec ce qui est dû par les créanciers du failli : *Compensatio fieri potest de credito in diem cum credito puro, quando unus ex mercatoribus decoquit, quia tunc propter decoctionem creditum in diem fit purum* (¹). Cette opinion est d'autant plus singulière de la part de Casaregis, qu'il refuse au failli, comme nous le verrons bientôt la faculté de compenser (²). Aussi, n'a-t-elle été adoptée ni par la jurisprudence commerciale qui juge d'une manière uniforme qu'il n'y a aucune compensation possible entre ce qu'un créancier de la faillite doit au failli, et la dette du failli que la faillite a rendue exigible (³), ni par les auteurs (⁴).

354. M. Duranton, tout en admettant le principe quant aux

(¹) *Disc.* 133, n. 12 et suiv.
(²) Voy. *inf.*, n. 391 et suiv.
(³) Cass. 12 fév. 1811 (Dev. et Car., *Coll. nouv.*; 3, 1, 293); 24 nov. 1841, (Dev., 42, 1, 80).
(⁴) M. Pardessus, n. 1123; M. Boulay-Paty, *des Faillites*, n. 109, M. Renouard, t. II, p, 321.

dettes commerciales, fait cependant une exception pour les dettes civiles qui, selon lui, seraient susceptibles d'entrer en compensation quand la faillite les rend exigibles [1]. Mais cette distinction, qui semble uniquement reposer sur cette supposition que le failli pourrait payer les dettes civiles, tandis qu'il ne peut payer les dettes commerciales, pêche par sa base, car il est au contraire certain que la faillite est un état indivisible qui s'étend sur toutes les dettes du failli, quelle que soit d'ailleurs leur origine civile ou commerciale [2], et que, par conséquent, il ne peut pas plus payer les unes que les autres. La distinction faite par M. Duranton ne doit donc pas être admise, et il faut s'en tenir à la règle générale qui interdit toute compensation des dettes que la faillite a rendues exigibles [3].

L'état de faillite peut donner lieu à d'autres questions que nous examinerons à mesure que nous rencontrerons les règles auxquelles elles se rapportent.

355. Une dette, avons-nous dit, est exigible quand le terme d'échéance est arrivé ou échu. Toutefois, le terme de grâce, bien que non encore échu, n'est pas un obstacle à la compensation [4] : accordé au débiteur dans le but unique de lui faciliter les moyens de se libérer plus tard, le terme de grâce devient sans objet quand la compensation lui offre les moyens de se libérer actuellement. C'est le contraire de ce qui a lieu en matière de faillite, où l'exigibilité résultant de la faillite, tout en supprimant le terme conventionnel accordé

---

(1) T. XII, n. 412.
(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 206; M. Renouard, *des Faillites*, t. II, p. 231.
(3) M. Zachariæ, t. II, p. 409, note 16.
(4) C. civ. 1292. Voy. *sup.*, n. 234 et suiv.

au débiteur, ne rend pas la dette compensable, ainsi que nous venons de le voir tout à l'heure ([1]).

356. L'état de faillite donne naissance à une question fort analogue à celle qui vient d'être résolue relativement au terme de grâce. Quand le failli, en faisant un concordat avec ses créanciers, obtient de ceux-ci, pour se libérer, des délais qui prorogent l'échéance de ses dettes, doit-on assimiler cette prorogation à un terme de grâce, et décider, par suite, qu'elle ne fait pas obstacle à la compensation ? La négative est certaine. Le délai accordé par concordat n'est pas un terme de grâce : c'est un terme conventionnel dont le débiteur doit jouir, par conséquent, de la manière prévue par la convention ; et il n'en jouirait pas si ce qu'il ne doit payer qu'à l'échéance du terme convenu pouvait, avant l'échéance de ce terme, se compenser avec ce qui lui est actuellement dû. D'un autre côté, le concordat est une convention qui lie tous les créanciers et dont le but principal est de faciliter, dans l'intérêt de tous, la libération du débiteur commun. Or, cette égalité serait rompue si l'un des créanciers qui se trouve en même temps débiteur du failli concordataire, pouvait se prévaloir d'une compensation qui ferait sa position meilleure que celle des autres créanciers, et qui, en le dispensant de payer ce qu'il doit, pourrait réagir d'une manière fâcheuse contre ces derniers, en privant le débiteur commun des rentrées sur lesquelles il comptait pour satisfaire aux obligations que le concordat lui impose ([2]).

Mais la compensation peut-elle avoir lieu à l'égard de la portion de la dette dont il a été fait remise au débiteur, portion qui ne constitue plus qu'une dette naturelle et à la-

---

([1]) Voy. *sup.*, n. 353.
([2]) M. Duranton, t. XII, n. 402.

quelle ne s'appliquent pas les délais stipulés par le concordat? C'est une question que j'examinerai tout à l'heure en parlant des effets de l'état de faillite sur la compensation en général ([1]).

357. Je reviens aux conditions générales de l'exigibilité.

Il faut, de plus, pour que la dette soit exigible, que son existence ne dépende d'aucune condition suspensive qui transforme le droit du créancier en une simple espérance : à la différence du cas où la dette ne serait soumise qu'à une condition résolutoire, parce que cette dernière espèce de condition n'empêche pas le créancier d'exercer actuellement un droit sujet à résolution ([2]).

358. De ce que la condition suspensive, tant qu'elle ne s'est pas réalisée, est un obstacle à la compensation de la dette dont l'existence lui est subordonnée, il suit que l'accepteur à découvert de lettres de change, qui, par son acceptation, devient le créancier éventuel du tireur, pour le cas où plus tard il viendrait à payer les lettres de change sans en avoir reçu la provision, ne peut, si avant d'avoir reçu la provision il devient débiteur du tireur, opposer en compensation le montant de son acceptation, puisque n'ayant pas encore payé, il n'est créancier que sous la condition suspensive de ce payement ([3]). A plus forte raison n'aurait-il aucune compensation à opposer s'il avait reçu une provision, puisque son acceptation ne pourrait jamais le constituer créancier.

359. Mais si le tiré qui a reçu une provision et qui est, de ce chef, débiteur du tireur, devenait en même temps son créancier, le tireur pourrait-il compenser sa propre dette

---

([1]) Voy. *inf.* n. 593.

([2]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 559 et suiv.

([3]) Paris, 11 juin 1823, 5, 23, 2, 391; (Dall. 26, 2, 62); Cass. 20, déc. 1837 (Dev. 38, 1, 46).

avec la provision que lui doit le tiré? Oui, si le tiré n'avait pas encore accepté, parce que, n'ayant plus de provision par l'effet de la compensation, rien ne le forcerait d'accepter la lettre de change et de se constituer ainsi de nouveau le créancier du tireur. Non, si le tiré avait accepté, parce que son acceptation empêchant la provision d'être disponible entre ses mains, cette provision ne pourrait plus être employée à éteindre la créance du tireur sur le tiré. Le tireur, dans ce cas, serait donc tenu de payer ce qu'il doit au tiré, sans pouvoir exciper de ce que le tiré lui doit; l'exigibilité de cette dette est subordonnée au cas où la provision reviendrait disponible entre les mains du tiré, ce qui la fait dépendre d'une sorte de condition suspensive.

360. Cette règle de l'article 1291, que la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui sont également liquides et exigibles, sert à résoudre la question de savoir quand et comment la compensation s'opère entre les différents articles de crédit et de débit, des comptes que tout homme d'ordre devrait tenir, et qui, dans le commerce, sont à la fois un devoir et une nécessité.

Suivant M. Toullier, la compensation serait toujours sensible si chaque citoyen avait la prudence de faire ce que la loi ordonne à tous les commerçants, de tenir un livre de recette et de dépense, *tabulas accepti et expensi*, et d'y porter exactement ce qui lui est dû et tout ce qu'il doit. « J'étais, ajoute-t-il, votre débiteur d'une somme de 10,000 francs dont je vous avais *débité* sur mon livre, pour employer l'expression énergique usitée dans le commerce. Je deviens votre débiteur d'une somme de 8,000 francs; je vous en *crédite* sur le même livre. En déduisant cette somme de la première, il est évident que vous ne me devez plus que 2,000 francs; e surplus de ma créance est éteint par la compensation ou

par l'imputation qui en a été faite le jour où vous êtes devenu mon débiteur [1]. »

Cela est foncièrement vrai. Mais les choses ne se passent pas toujours aussi simplement.

361. Sous le rapport de la compensation, les différentes espèces de comptes peuvent se réduire à deux : le compte simple, ou le compte de gestion, et le compte courant; l'un et l'autre peuvent donner lieu à la compensation; mais elle ne s'opère pas de la même manière dans l'un et l'autre.

Tout mandat conduit à une reddition de compte. Si le mandataire a fait des avances sans rien recevoir en retour, le compte se borne à l'énumération de ses dépenses dont le mandant est constitué débiteur. Si, au contraire, le mandataire a reçu des valeurs, soit pour l'accomplissement de son mandat, soit par suite de cet accomplissement, le compte comprend, d'une part, ce que le mandataire a reçu ; d'autre part, ce qu'il a dépensé; s'il a plus reçu qu'il n'a dépensé, il doit la différence; s'il a moins reçu, c'est le mandant qui est débiteur.

Dans ce compte, qui est le compte simple ou de gestion, tout ce que le mandataire reçoit est reçu par lui pour le compte du mandant; tout ce qu'il dépense est dépensé pour le compte du mandant : de telle sorte qu'il est constitué débiteur à mesure qu'il reçoit, créancier à mesure qu'il dépense, et que la compensation s'opère, dès-lors, entre les différents articles de recette et de dépense qui, plus tard, figureront dans le compte, par imputation réciproque et successive d'un article sur l'autre, à mesure que le mandataire devient comptable des uns et des autres, et non pas seulement en fin de compte au moment où s'établit la balance

[1] T. VII, n. 345.



générale entre les articles de recette et les articles de dépense. En d'autres termes, les créances réciproques du mandant et du mandataire, s'élèvent ou s'abaissent alternativement à mesure qu'un nouvel article vient rétablir ou rompre l'équilibre, en faisant pencher la balance d'uu côté ou de l'autre. Il suit de là, et cette conséquence démontre l'importance de la règle qui opère la compensation à partir du moment où le mandataire devient comptable des articles de recette ou de dépense, que si les sommes reçues ou avancées par lui sont productives d'intérêts, ces intérêts doivent être calculés sur chaque article, non à partir du jour où les intérêts ont été produits jusqu'à l'arrêté de compte final, mais qu'ils doivent suivre les oscillations de la recette et de la dépense et s'éteindre réciproquement jusqu'à due concurrence, à mesure que la compensation élève ou abaisse le chiffre des créances respectives du mandant et du mandataire.

En un mot, le compte simple établit entre les parties les rapports de créancier à débiteur, et ces rapports se règlent par les principes généraux du droit en matière de compensation.

362. Mais il en est autrement dans le compte courant.

Il faut qu'il soit assez difficile de définir le compte courant, puisque tous les auteurs ont cherché plutôt à le décrire qu'à en donner une définition proprement dite.

« On appelle compte courant, dit M. Merlin, le tableau des lettres de change que les négociants et les banquiers tirent les uns sur les autres, et des remises qu'il se font réciproquement.... Dans l'usage du commerce et de la banque, il y a compte courant toutes les fois qu'il y a *débit* et *crédit*, toutes les fois qu'il y a *doit* et *avoir* (¹). »

(¹) *Quest. de droit*, vº *Compte courant*, § 1.

« On nomme compte courant, dit M. Pardessus, le composé de tout ce que deux correspondants se doivent réciproquement par lettres de change, mandats, billets ou autres effets qu'ils tirent l'un sur l'autre, qu'ils se transportent, ou qu'ils acquittent à leur réquisition respective, des rentrées qui en sont le résultat, en un mot, de tout ce qui a pour effet de modifier successivement entre eux les rapports de crédit et de débit ([1]). »

Comme on le voit, M. Merlin et M. Pardessus disent bien de quoi se compose un compte courant, mais ils n'expriment pas quel en est le caractère distinctif et la nature particulière.

MM. Delamarre et Lepoitviu qui, dans leur *Traité du contrat de commission*, ont éclairé tant de points obscurs du droit commercial, ont bien compris que ces descriptions ne faisaient connaître que l'extérieur et la surface du contrat, tandis que la définition pénétrant plus avant pouvait seule en faire connaître la substance. Ils définissent donc le compte courant, « Un contrat par lequel l'un des contractants remet à l'autre contractant, ou reçoit de lui, de l'argent ou des valeurs, non spécialement affectés à un emploi déterminé, mais en toute propriété, et même sans obligation d'en tenir l'équivalent à la disposition de celui qui remet; en un mot, à la seule charge par celui qui reçoit d'en créditer le remettant, sauf règlement par compensation, à due concurrence, des remises respectives sur la masse entière du crédit ou du débit ([2]). »

Cette définition est foncièrement exacte; cependant elle me paraît manquer de précision. Je crois qu'on peut mieux

---

([1]) *Droit comm.*, t. II, n. 475.
([2]) *Du contrat de commission*, t. II, n. 489.

définir le compte courant, un contrat par lequel il est convenu que les prêts réciproques que pourront se faire, sous forme d'avances ou de remises, deux commerçants qui sont en rapports d'affaires ou de correspondauce, n'établiront entre eux les rapports de débiteur à créancier qu'au moment de l'arrêté de compte, c'est-à-dire lorsque la balance constituera l'un créancier et l'autre débiteur; et que jusque là, en d'autres termes, tant que le compte courra, il n'y aura pas de dettes réciproques mais seulement *crédit* et *débit*, *doit* et *avoir* et des rapports de *crédité à débité* C'est dans cette absence de dettes réciproques, qui sont remplacées par des articles de débit et de crédit, que se trouve l'utilité du compte courant, qui est de suppléer à la monnaie métallique, en renvoyant à l'époque de l'arrêté de compte le solde réel et effectif du reliquat ([1]).

Observons en passant que, suivant les auteurs du *Traité du contrat de commission*, ce serait une erreur de prétendre que le compte courant se compose de plusieurs prêts partiels. Ils reconnaissent bien qu'une somme prêtée peut entrer dans un compte courant, mais ils prétendent que chaque remise en compte courant n'est pas plus un prêt partiel, que l'ensemble des remises n'est un prêt en masse; « car, disent-ils, il ne peut y avoir de contrat de prêt sans la volonté de l'une des parties de prêter, et la volonté de l'autre d'emprunter; et telles ne sont certainement pas les volontés des deux négociants qui conviennent de travailler en compte courant. Leur volonté est qu'en contre-valeur des remises en argent, effets ou marchandises, débit ou crédit soit donné, que les sommes débitées ou créditées se compensent, et qu'il ne soit dû que le solde ou l'excédant de la compensation... Dans le contrat

([1]) Voy. Adam Smith, t. II, p. 15. (édit. Guillaumin.)

de prêt, il y a, dès qu'il est formé, un créancier et un débiteur, selon l'acception de ces mots en droit; tant que le compte est courant, il n'y a qu'un crédité et un débité, selon l'acception de ces termes en tenue de livres ([1]). »

Sans doute, les avances ou remises faites en compte courant ne constituent pas des prêts purs et simples, car autrement il n'y aurait pas compte courant : il y aurait des prêts réciproques qui se solderaient, par voie de compensation, à mesure qu'ils se rencontreraient, au lieu de devenir des articles de débit ou de crédit destinés à ne se solder qu'en fin de compte. Mais il y a prêt en ce sens que chacun des contractants est propriétaire des remises ou des avances dont il est débité, et dont il crédite son correspondant. C'est parce qu'il y a prêt qu'il y a transmission de propriété. S'il n'y avait que dépôt, la propriété ne serait pas transmise. Or, elle est si bien transmise, que les avances ou remises faites en compte courant sont de plein droit productives d'intérêts ([2]), ce qui n'aurait pas lieu si le correspondant les recevait simplement à titre de comptable ou de dépositaire. Et d'un autre côté, comme les remises ou avances faites en compte courant se réduisent toujours en avances faites par un correspondant pour le compte de l'autre, elles constituent des prêts au même titre que les avances de tous mandataires ([3]).

363. Quoi qu'il en soit de ce que les sommes passées en compte courant ne constituent ni l'un ni l'autre des correspondants, créancier ou débiteur, tant que le compte court, il en résulte que, jusqu'à l'arrêté du compte, il n'y a pas de compensation possible, et que la compensation ne s'opère qu'en

---

([1]) N. 495.
([2]) Voy. *sup.*, tom. IV, n. 265.
([3]) C. civ., 2001.



fin de compte, entre le total du crédit et le total du débit.

C'est là un point constaté par la plus ancienne coutume commerciale, et par les plus anciens interprètes. Ils distinguaient, à cet égard, entre le cas où les articles du compte sont des articles de crédit et de débit, qui n'entrent pas dans le compte à titre de payement actuel et comme moyen d'éteindre une dette antérieure, et le cas où des termes dans lesquels est conçu l'article de compte, il résulte qu'il est destiné à un payement actuel. Dans le premier cas, il n'y avait compensation que lorsque l'arrêté de compte avait fait cesser le crédit et le débit; dans le second cas, elle s'opérait de suite, selon les règles du droit.

Casaregis, qui rapporte les diverses opinions des docteurs sur ce point ([1]), repousse, il est vrai, cette distinction, en se fondant sur ce qu'il n'arrive presque jamais qu'une somme soit passée en compte courant avec indication de la dette qu'elle doit éteindre ([2]). Mais cette raison n'a évidemment aucune valeur, puisqu'elle ne prouve pas que la compensa-

---

([1]) *In hac quæstione an per contrapositionem partitarum in libris mercatorum compensatio statim inducatur, multi ex doctoribus sic distinguunt : aut partitæ positæ sunt in libris mercatorum a parte crediti, nempè in creditum tantum debitoris, et sic in formam* di dare e avere, *sine expressione, quod illæ solutæ fuerint a debitore in dissolutionem debiti, et tunc per talem contràpositionem non inducitur extinctio, sive compensatio quia partitæ contrapositæ remanserunt in purum creditum debitoris, cujus propterea semper in facultate erit eligendi in quam causam illas cedere vel compensare velit. Aut partitæ non solum sunt contrapositæ a parte crediti, vulgo* all'avere, *sed amplius ex illarum descriptione apparet quod solutæ fuerint ad computum seu infrà solutionem debiti, et tunc cedere debent in debitum anterius, sive antiquius prout de jure.* — (Surd. déc. 186, *ferè per tot, et ibi hodiern. n.* 2 *et seq. Cum aliis citatis, per* Beltramin., *ad Ludovis*), décis. 366, *lit. B.; et* Amat. résol. 41, n. 2.) Casaregis, *disc.* 36, n. 52.

([2]) *Ibid.*, n. 53.

tion entre les remises, à mesure qu'elles sont faites de part et d'autre, soit compatible avec la nature du compte-courant. Or, s'il est élémentaire en comptabilité commerciale que les articles de débit et de crédit ne constituent ni dettes ni créances, tant que le compte court; s'il n'y a dès-lors un débiteur et un créancier que lorsque le compte est arrêté (¹), il est bien manifeste que jusque-là il n'y a pas matière à compensation, puisque, loin qu'il y ait dettes réciproques, il n'y a dette ni d'un côté ni de l'autre. C'est d'ailleurs ce qu'il est facile de démontrer par les principes mêmes de la compensation.

On sait qu'il n'y a de compensation possible qu'entre dettes qui sont également liquides et exigibles.

Or, d'une part, tant que le compte-courant court, c'est-à-dire tant qu'il n'y a pas arrêté de compte, il n'y a pas de dettes exigibles, puisqu'autrement le compte serait toujours arrêté de plein droit, ce qui revient à dire qu'un compte *courant* ne *courrait* pas. Donc, sous ce premier rapport, la compensation ne s'opère en matière de compte-courant, que lorsque le compte est arrêté.

D'un autre côté, tant que le compte-courant court, et que les sommes respectives du crédit et du débit sont tous les jours variables, il n'y a pas de créance liquide. C'est donc l'arrêté de compte qui seul, en fermant le cours des remises ou des avances, détermine ce qui est dû de part et d'autre, liquide la position des correspondants, et rend compensables les sommes respectives du débit et du crédit. C'est pourquoi la Rote de Gênes, dans une espèce où il s'agissait de compenser le reliquat d'un compte-courant avec une dette étrangère à ce compte, et qui d'ailleurs était liquide, voulait qu'on

(¹) Casaregis l'avoue lui-même : *Ante redditam retionem nemo creditor vel debitor dici potest.* (*Disc.* 44, n. 28.)

arrêtât préalablement le compte-courant, duquel, jusqu'à l'arrêté de compte, ne pouvait résulter aucune créance susceptible d'entrer en compensation ([1]). Et la Cour de cassation a jugé expressément, le 6 frimaire an XIII ([2]), que la compensation ne peut avoir lieu en matière de comptes-courants, dont le débit et le crédit subissent des variations perpétuelles, et ne se fixent qu'au dernier terme des négociations respectives.

Aussi, MM. Delamarre et Lepoitvin, qui, sauf quelques erreurs, ont analysé le compte-courant avec autant de soin que d'exactitude, reconnaissent-ils qu'il est de l'essence du compte-courant que les remises respectives soient faites sous la condition de compensation *sur la masse entière du crédit et du débit*, parce que la compensation est l'unique moyen de parvenir au but économique que les parties se proposent, et que ce mode de compensation est le seul compatible avec la nature et même avec l'expression de compte-courant ([3]). « Toutes les remises, disent-ils, ont été faites sur un même pied d'égalité et dans un même but; par conséquent, toutes ont un droit égal à la compensation. Il ne se peut donc pas que tel article de crédit soit effacé par tel article de débit, et si le compte est convenu avec intérêts, il est tout aussi impossible d'éteindre d'abord les intérêts pour amortir ensuite le capital. Vous m'avez débité de dix mille francs, espèces à moi comptées, et huit jours après je vous fais une remise égale. Si une partie

---

([1]) *Cumque in libro dicti Lucæ essent descriptæ partitæ dati et accepti, et per ipsum conventum exbibitæ, qua debebant et ipsi servire pro concurrenti quantitate, dicebatur eligendos esse calculatores, agentes ex adverso cum creditum ipsorum esset instrumentale et liquidum, propterea quod non potest illiquida compensatio opponi, et partitæ essent pro computo currenti.* (*Décis.* 213, n. 1.)

([2]) Dev. et Car. 2, 1, 29.

([3]) N. 493.

de cette remise devait servir à éteindre l'intérêt des huit jours, puis le surplus s'imputer sur le capital ou débit de dix mille francs, ce mode de régler détruirait le compte *courant*. Il nous supposerait, *hic et nunc*, vous, mon créancier, moi, votre débiteur. Ce serait *arrêter* le compte, l'empêcher de courir, en un mot, y mettre fin, tandis que nous n'avons voulu qu'établir une série de *débits* et de *crédits*, sauf à déterminer, lors du règlement définitif, qui sera débiteur sur le résultat d'une compensation générale (¹) ». Il n'y a rien à ajouter à cela.

La Cour royale de Bordeaux a jugé, il est vrai, le 7 mars 1826 (²), que la règle qui veut que la compensation n'ait lieu qu'entre deux dettes également liquides et exigibles, souffre exception dans le cas où des marchands ayant fait ensemble plusieurs opérations commerciales, se sont respectivement fourni des valeurs en compte-courant; de telle sorte que lorsque l'un des deux marchands est assigné par l'autre en payement de traites échues et exigibles, il peut se refuser à payer jusqu'à ce qu'il ait été procédé à un règlement de compte, pour savoir lequel des deux intéressés est définitivement créancier de l'autre. Mais il est évident que cet arrêt dit plus, ou tout au moins dit autre chose que ce qu'il veut dire. En effet, loin d'admettre une compensation de plein droit entre les articles de débit et de crédit, il se borne à renvoyer les parties à compter, pour opérer ensuite une compensation entre une dette étrangère au compte-courant et le solde du compte, solde qui n'est que le résultat d'une compensation générale. C'est ce qu'avait fait la Rote de Gênes dans l'espèce précitée; et cela suppose nécessaire-

---

(¹) N. 497.
(²) Dev. et Car. 8, 2, 204.

ment que la compensation n'a pas lieu entre les articles de débit et de crédit à mesure qu'ils entrent dans le compte, mais qu'ils y figurent intégralement tant que le compte court, pour devenir les éléments de la compensation générale qui s'opère quand le compte est arrêté.

C'est en ce sens qu'il faut entendre les anciens auteurs lorsqu'ils parlent de compensation entre les articles de débit et de crédit, et du payement qui s'opère par ce moyen [1].

De ce que, en matière de compte-courant, il n'y a qu'une compensation finale au moment de l'arrêté de compte, il en résulte, au contraire de ce qui a lieu dans les comptes simples ou de gestion [2], que les intérêts des remises courent pour la remise entière depuis le jour où ils ont commencé d'être produits jusqu'à l'arrêté de compte, sans recevoir aucune réduction réciproque par l'effet des remises ultérieures [3].

364. On voit, par ce qui précède, de quelle importance sont, en fait de compensation, les circonstances d'exigibilité et de liquidité, et les questions aussi délicates qu'usuelles qui, dans les matières commerciales, peuvent naître du point de savoir si les dettes respectives remplissent les conditions voulues pour pouvoir se solder réciproquement.

L'exigibilité et la liquidité sont donc les deux conditions principales et dominantes. Quand ces deux conditions se rencontrent, la compensation s'opère, quelles que soient d'ailleurs les causes de l'une et de l'autre dette [4]. Toutefois,

---

(1) *Contra positio partitarum habet vim solutionis et compensationis.* (Ansaldus, *disc.* 12, n. 18).— *Scriptura in libris mercatorum ad debitum et ad creditum operatur solutionem.* (Rote de Gênes, *dec.* 1, n. 5, 8 et suiv.) Voy. aussi Scaccia, § 2, *gl.* 5, n. 55.

(2) Voy. *sup.* n. 361.

(3) MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II n. 497.

(4) C. civ. 1295.

l'article 1293 du code civil fait exception à cette règle pour trois cas déterminés.

365. Le premier cas est lorsqu'il s'agit de la demande d'une chose dont le propriétaire a été dépouillé injustement, c'est-à-dire autrement que par autorité de justice. La compensation ne peut être opposée par le spoliateur à la demande en restitution formée contre lui. C'est là une application de la règle d'ordre public qui défend de se rendre justice à soi-même, et qui protège avant tout les droits du possesseur : *Spoliatus antè omnia restituendus.*

Ainsi celui qui se prétendrait fondé à exercer contre un tiers une action en revendication de choses fongibles ([1]), et qui, au lieu d'exercer cette action et de la faire juger par les tribunaux compétents, se mettrait de son autorité privée en possession de ces choses, ne serait pas reçu à opposer à la demande en restitution formée par celui qu'il aurait dépouillé, la compensation de ce que ce dernier pourrait lui devoir.

366. Le second cas est relatif à la restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage. Observons d'abord, en ce qui concerne le prêt à usage, que ce prêt, étant essentiellement gratuit ([2]), n'a jamais un caractère commercial, de telle sorte que nous n'avons pas à nous occuper ici des controverses qui se sont élevées sur le point de savoir qu'elle est l'hypothèse à laquelle s'applique cette disposition qui, au premier abord, paraît sans utilité, puisque les choses fongibles ne peuvent faire l'objet d'un prêt à usage, et que les choses de cette espèce sont cependant les seules qui soient susceptibles d'entrer en compensation ([3]).

([1]) Voy. *sup.* n. 333, 344.
([2]) C. civ. art. 1876.
([3]) Voy. Pothier, *Du prêt à usage*, n. 44 ; M. Delvincourt, t. II, p. 578 ; M. Toullier, t. VII, n. 383 ; M. Duranton, t. XII, n. 448 ; M. Troplong, *Du prêt*, n. 150 et suiv.

Quant au dépôt, comme il peut consister en choses fongibles, telles que des marchandises et des denrées, la même question ne saurait se présenter, et on se rend compte dès-lors des hypothèses auxquelles se rapporte la disposition qui défend d'opposer la compensation aux demandes en restitution d'un dépôt, soit qu'il s'agisse d'un dépôt régulier, c'est-à-dire de choses qui, bien que fongibles, doivent être identiquement rendues par le dépositaire ([1]); soit, ce qui est plus ordinaire, qu'il s'agisse d'un dépôt irrégulier, c'est-à-dire de choses que le dépositaire peut consommer à la charge de les rendre en mêmes nature, espèce, qualité et quantité ([2]).

C'est par application de cette règle qu'il a été jugé qu'un agent de change, qui doit être considéré comme dépositaire relativement au prix d'une vente d'effets par lui opérée, ne peut prétendre à compenser avec ce prix les sommes qui lui sont dues par celui qui l'a chargé d'effectuer la vente ([3]).

367. Le troisième cas est relatif à la demande d'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables : le débiteur de ces aliments ne peut opposer en compensation ce qui serait dû à lui-même, parce que cette compensation équivaudrait à une saisie qu'il ferait entre ses mains, saisie qui ne doit pas plus être permise à lui qu'aux autres créanciers. Il suit de là que cette exception s'étend à toutes les créances insaisissables. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'armateur qui peut compenser le montant des salaires qu'il doit au capitaine avec les sommes que celui-ci a été condamné à lui payer, par ce que ces salaires ne sont pas insaisissables, ne peut être admis à opposer la compensation à l'égard des sommes

---

(1) C. civ., 1932.
(2) Rote de Gênes, *décis.* 34, n. 8 et 9.
(3) Paris, 7 mai 1832. (Dev. 32, 2, 552).

qu'il doit au capitaine pour droit de conduite, parce que ces sommes ne peuvent être saisies ([1]).

368. Jusqu'ici, en exposant les conditions dont le concours est nécessaire pour que la compensation puisse s'opérer, je ne me suis occupé que des conditions relatives aux dettes, à leur consistance réciproque, à leur liquidité et à leur exigibilité. Je passe maintenant aux conditions relatives aux personnes qui peuvent être admises à se prévaloir de la compensation ou à qui on peut l'opposer.

Une première remarque à faire, c'est que l'incapacité personnelle des parties ne met aucun obstacle à la compensation. La compensation s'opère entre personnes qui ne sont capables ni de faire ni de recevoir un payement. La raison en est évidente : une certaine capacité n'est requise que dans le cas où il s'agit de faire un acte qui suppose un consentement; il faut alors que les parties soient capables de consentir. Mais la compensation s'opérant de plein droit, par la force même de la loi et à l'insu des débiteurs ([2]), n'exige aucun consentement, et, par conséquent, aucune capacité, puisqu'autrement elle n'aurait pas lieu de plein droit, ni à l'insu des débiteurs. Il n'y a d'exception à cette règle que dans le cas de faillite de l'un des débiteurs. Mais nous verrons bientôt qui si l'état de faillite de l'un des débiteurs empêche la compensation, c'est moins à raison d'un défaut de capacité dans la personne du failli, que par des motifs puisés dans l'intérêt général de la masse des créanciers ([3]).

369. Il suffit donc, en principe, pour que la compensation s'opère entre dettes qui, par leur nature, n'excluent pas ce

---

([1]) Marseille, 13 juin 1838. (*Journal de Marseille*, t. XV, 1re part., p. 287).

([2]) C. civ., art. 1290.

([3]) Voy. *inf.* n. 391.

mode de libération, que les débiteurs dont elle éteint les obligations, soient réciproquement débiteurs l'un de l'autre ([1]). Mais cette condition est de rigueur; et celui qui pourrait payer effectivement la dette d'un tiers, même malgré la volonté du créancier, ne pourrait, pour éteindre cette dette, se prévaloir de la créance qu'il a contre ce créancier. *Ad effectum compensationis necessarium est omnino inter præcipuas, ut sit creditum et debitum respectu ejusdem personæ compensare volentis, et nemo compensat cum eo quod sibi non debetur* ([2]).

370. De là, il résulte qu'il n'y a aucune compensation possible entre ce qui est dû par l'un des débiteurs et ce qui est dû par l'autre à une personne chargée d'administrer les biens ou la personne du premier, pas plus qu'entre ce qui est dû par l'administrateur à un débiteur de la personne administrée, et ce qui est dû par cette personne à ce même débiteur. Ainsi, la somme due à un mineur par un tiers, ne se compense pas avec ce que le tuteur du mineur doit à ce tiers, de même que ce qui est dû à ce tiers par le mineur ne se compense pas avec ce que ce tiers doit au tuteur ([3]); à plus forte raison en serait-il ainsi s'il s'agissait des dettes commerciales d'un mineur autorisé à faire le commerce, puisque le mineur est réputé majeur pour toutes les obligations relatives à son commerce, et que ces obligations échappent dès-lors à l'action administrative du tuteur ou du curateur.

371. De même, quand des époux ont contracté mariage sous un régime qui ne donne au mari sur les biens de sa femme d'autres droits que ceux d'un administrateur, il n'y a aucune compensation possible entre les dettes personnelles à la femme et les dettes personnelles au mari. C'est ce qui a lieu par

---

([1]) C. civ., art. 1289.
([2]) De Turri, *De camb., disp.* 2, *quæst.*, 11, n. 17 et suiv.
([3]) L. 23, *ff. de compens.*

exemple sous le régime de la séparation de biens conventionnelle ou judiciaire. Dans ce cas, ce qui est dû par la femme ne se confond pas avec ce qui est dû par le mari, et réciproquement.

Mais il en est autrement sous les régimes qui permettent de considérer les dettes de l'un des époux comme étant les dettes de l'autre. Tel est le régime de communauté. Toutefois, il faut distinguer entre le cas où la femme est créancière d'un créancier de son mari, du cas où elle est débitrice. Dans le premier cas, la créance de la femme tombant dans la communauté est, à vrai dire, la créance du mari, et elle se compense sans difficulté avec ce que doit le mari au débiteur de sa femme. Dans le second cas, au contraire, ce qui est dû par la femme ne se compense avec ce qui est dû au mari par le créancier de la femme, que lorsque la dette de la femme peut être considérée comme une dette de la communauté, et conséquemment du mari qui en est le chef (1).

372. Voila comment les choses se passent en droit civil pur. Mais en droit commercial, quand il s'agit d'une femme marchande publique, c'est-à-dire qui fait, avec l'autorisation de son mari, un commerce qui lui est propre et auquel son mari ne prend aucune part, on peut se demander s'il y a lieu aux compensations qu'autorise dans les cas ordinaires le régime de la communauté. Il est vrai que les créances de la femme qui fait un commerce, tombent incontestablement dans la communauté; et que le mari est tenu des dettes que sa femme a contractées dans son commerce (2) : il semblerait donc naturel d'en conclure, que les premières doivent se compenser avec ce que le mari doit aux créanciers de sa femme, et

(1) C. civ., 1409, 1411, 1416, 1419; M. Duranton, n. 416 et suiv.; M. Toullier, n. 375 et suiv.

(2) Voy. *sup.*, t. III, n. 184.

les secondes aves ce qui lui est dû par les débiteurs de celle-ci. Toutefois, je pense que cette compensation ne peut pas avoir lieu tant que la femme fait le commerce, et tant que ses créances comme ses dettes sont engagées dans les affaires qu'elle a entreprises. Il est de toute évidence que le commerce de la femme ne pourrait se faire, ni avec succès, ni avec sécurité, si, au moment où elle s'attend à recevoir ce qui lui est dû, ses débiteurs pouvaient lui opposer en compensation ce qui leur est dû par son mari; et que personne ne voudrait contracter avec elle si elle pouvait payer ses créanciers en leur opposant en compensation ce qu'ils doivent à son mari. Cette considération de fait et d'équité, qui a son importance, mais qui à elle seule ne suffirait peut-être pas pour écarter la compensation, se trouve soutenue par une raison de droit qui me paraît décisive : c'est que le commerce d'une femme marchande publique est distinct et séparé des affaires de son mari, tellement qu'une femme n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari [1]. Il résulte de là que, si l'intérêt d'une femme marchande publique et l'intérêt de son mari sont en quelque sorte connexes, c'est en vue d'une liquidation définitive, et non relativement à un courant d'affaires dans lequel le mari ne peut pas s'immiscer d'une manière active sans faire perdre à sa femme sa qualité de marchande publique. On comprend très bien que si le mari agissait en son propre nom et comme chef de la communauté contre les débiteurs de sa femme marchande publique, ceux-ci pussent repousser l'action du mari qui se constituerait propriétaire des créances de sa femme, en lui opposant la compensation de ce qu'il leur doit personnellement. On comprend égale-

[1] Voy. *sup.*, t. III, n. 187.

ment que si les créanciers de la femme agissaient contre le mari personnellement pour le contraindre à payer les dettes que celle-ci a contractées dans son commerce, et dont le mari n'est tenu que comme chef de la communauté et comme caution de sa femme, celui-ci pût opposer aux créanciers la compensation de ce qu'il leur doit personnellement; mais on ne comprendrait pas que la femme marchande qui, relativement à ses dettes, est vis-à-vis de son mari dans la même position qu'un débiteur principal, pût opposer à son créancier la compensation de ce que celui-ci doit à la caution ([1]), ni que les débiteurs de la femme actionnés par elle, pussent lui opposer la compensation de ce que leur doit le mari.

373. Ce qui a été dit plus haut des administrateurs en général, s'applique au mandataire en particulier. Il ne peut compenser ce qu'il doit à un tiers avec ce que le tiers doit au mandant; et réciproquement, le tiers ne peut compenser ce qu'il doit au mandataire avec ce qui lui est dû par le mandant.

C'est ainsi qu'il a été jugé, que celui qui a reçu par l'intermédiaire d'un tiers un billet pour en opérer le recouvrement dans l'intérêt du propriétaire, ne peut compenser la somme recouvrée avec ce que lui doit le tiers qui lui a transmis l'effet, surtout, lorsque le billet a été passé directement à son ordre par le propriétaire. Il a été réellement le mandataire du propriétaire, et non celui du tiers intermédiaire ([2]).

Il a été encore jugé dans le même sens, que celui qui, par l'intermédiaire d'un mandataire, a reçu des traites passées à l'ordre de ce mandataire pour les négocier, ne peut compenser la valeur de ces traites avec ce que pour-

---

([1]) C. civ., 1294. Voy. *inf.* n. 402.
([2]) Cass., 27 déc. 1819 (Dev. et Car., 6, 1, 156).

rait lui devoir le mandataire, alors qu'il a dû savoir qu'il ne traitait pas avec ce mandataire en son nom personnel, et considéré comme propriétaire des traites, mais, au contraire, considéré comme intermédiaire [1].

374. Mais, c'est là le droit commun, *jus commune*; et le droit commercial suit d'autres règles relativement aux commissionnaires, qui sont les véritables mandataires du commerce. Ce qui est dû par un commissionnaire à un tiers se compense avec ce que le tiers lui doit pour le compte du commettant; et réciproquement, ce que le commissionnaire doit à un tiers pour le compte du commettant, se compense avec ce qui lui est dû personnellement par ce tiers. Ce n'est pas là, à vrai dire, une dérogation aux règles du droit commun; c'est plutôt une judicieuse application de ces règles. A la différence du mandataire ordinaire qui agit toujours au nom du mandant, le commissionnaire agit toujours en son propre nom [2]; soit qu'il vende, soit qu'il achète pour le compte d'un commettant, il se constitue donc toujours le créancier ou le débiteur direct du tiers avec lequel il contracte en son nom personnel, de telle sorte qu'en définitive la compensation qui s'opère est toujours la compensation d'une dette qui lui est propre, *proprii debiti*.

Le droit commercial a toujours admis cette compensation qui est la conséquence nécessaire de la manière d'agir des commissionnaires et du secret qui doit entourer leurs opérations, puisqu'ils ne pourraient empêcher la compensation qu'en n'agissant pas en leur propre nom, ou, ce qui revient au même, en faisant connaître ceux pour le compte de qui ils agissent. *Quamvis de jure communi*, dit Casaregis, *fieri non permittatur cum credito alieno proprii debiti compensa-*

---

(1) Cass., 10 janvier 1825 (Dev. et Car., 8, 1, 8).

(2) Cod. comm., art. 91.

tio, attamen ita publicâ commercii utilitate, ac nessitate simul suadente, de æquitate servari debet stylus ab eis universaliter introductus compensandi cum proprio debito creditum seu pretium alienum; exempli gratiâ, si Petrus mercator esset Francisci debitor, eique vendidisset merces alienas penès se existentes, potest Petrus suum creditum proprium cum pretio mercium ad alios spectante compensare, et sic mediante dictâ compensatione proprium debitum cum Francisco extinguere ([1]). Casaregis donne une mauvaise raison de cette compensation en la fondant sur l'intérêt du commerce, sur l'usage et la coutume des commerçants qui, selon lui, dérogent ici aux règles du droit commun, *super universali stylo et consuetudine mercatorum, quia frequentissimè vidi hujusmodi compensationes inter mercatores fieri* ([2]). C'est la nécessité, ce sont les besoins du commerce qui ont introduit la manière d'agir des commissionnaires, et qui ont fait de ces agents des mandataires d'une espèce toute particulière. Mais cette donnée une fois admise, les engagements que le commissionnaires contracte en son propre nom pour le compte d'un commettant, sont, à l'égard des tiers, des engagements personnels au commissionnaire, *proprium debitum*, qui se trouvent dès-lors soumis à toutes les règles de la compensation.

375. Aussi n'y a-t-il lieu à la compensation de ce qui est dû au commissionnaire ou de ce qu'il doit pour le compte du mandant, avec ses dettes ou ses créances personnelles, que dans le cas où le commissionnaire s'est renfermé dans les limites de la commission, et n'a pas fait connaître le nom de son commettant : *Id tamen procedit de plano quandò mer-*

([1]) Casaregis, *disc.* 155, n. 1 et suiv.
([2]) *Disc.* 76, n. 15.

cator in venditione alienarum mercium non expressit nomen dominorum ad quos merces spectabant (1). Si, au lieu d'agir en qualité de commissionnaire, il n'a agi que comme un mandataire ordinaire, il n'y a plus de compensation possible entre ce qu'il doit ou ce qui lui est dû, et des créances ou des dettes qui sont restées personnelles au mandant. *Nunquàm*, dit encore Casaregis, *licitum est corresponsalibus (qui in mercibus à mercatoribus ad eos transmissis, ad effectum illas vendendi ad proprium eorum computum, non aliam figuram induunt quam illam mandatarii, sive administratoris, sive potius procuratoris), nunquàm, inquam, licitum est in prœjudicium suorum principalium compensare pretium mercium venditarum cum propriis illorum debitis* (2).

376. Du reste, la compensation qui s'opère entre ce que doit le commissionnaire et ce qui lui est dû par son commettant, et réciproquement, étant conforme aux principes du droit commun, puisqu'en définitive cette compensation a lieu entre parties auxquelles les dettes réciproquement éteintes sont réputées personnelles, il faut en conclure que cette compensation s'opère de plein droit. Il ne peut y avoir aucun doute à cet égard en ce qui touche les droits réciproques du commissionnaire et du tiers avec lequel il a compensé. Mais il y a quelque difficulté en ce qui touche les droits du commettant, et sur le point de savoir, d'une part, quand et comment la compensation qui s'est opérée entre ce qui est dû au commissionnaire pour le compte du commettant et ce qu'il doit personnellement, peut être opposée au commettant; et d'autre part, quand et comment le commettant, pour le compte duquel le commissionnaire a contracté en son

(1) Casaregis, *disc.* 135, n. 3.
(2) *Disc.* 75, n. 28.

propre nom une dette qui s'est compensée avec ce qui était dû au commissionnaire par le tiers avec lequel il a contracté, peut se prévaloir de cette compensation.

377. La première question ne peut guère se présenter que dans le cas de faillite du commissionnaire. Si en effet le commissionnaire est en état de faire honneur à ses engagements, peu importe quand et comment la compensation s'est opérée entre lui et le tiers avec lequel il a traité pour le compte du commettant; si, par exemple, il a vendu les marchandises que le commettant lui avait consignées pour les vendre, il tient compte du prix au commettant, sans que celui-ci ait à s'occuper de ce qui s'est passé entre l'acheteur et le commissionnaire.

Mais si le commissionnaire se trouve en état de faillite, la question change de face et présente un tout autre intérêt, à raison du droit de revendication qui appartient au commettant sur les marchandises qu'il a consignées au failli pour être vendues, ou sur le prix représentatif de ces marchandises, tant que ce prix est encore dans les mains du tiers débiteur ([1]). On comprend en effet que si, avant la faillite, ce prix a été payé au commissionnaire ou a servi à payer par voie de compensation ce qu'il devait de son propre chef, il s'est confondu avec la masse de son actif, et qu'il ne peut plus être revendiqué. Il y a dès-lors un intérêt réel à connaître le moment précis où s'est opérée la compensation; en d'autres termes, si dans ce cas particulier elle s'opère de plein droit, ou si, au contraire et par exception, elle ne s'accomplit à l'égard du commettant qu'autant qu'il y a eu de la part

---

([1]) Cod. comm. art., 575.... *Ei competit actio vindicatoria; et ista actio, in casu quo dictæ capsæ non amplius existerent, dirigitur contra earumdem pretium, eo statim ipse jure subintrante in earum locum et vices.* (Casaregis, *disc.* 75, n. 17.)

du commissionnaire et du tiers, un fait qui manifeste la volonté d'éteindre par ce moyen leurs dettes réciproques.

Casaregis décide que la faillite du commissionnaire n'empêche pas la compensation de s'opérer de plein droit avant cette faillite, et que dans ce cas, de même que dans les cas ordinaires, il n'est pas nécessaire que les parties aient manifesté la volonté de compenser : *Iisdem principiis quibus resoluta fuit prior quæstio, præsens quoque mihi videtur in favorem compensationis. Etenim quemadmodùm in casibus specialibus, vel privilegiatis, in quibus ipso jure absque facto vel hominis ministerio lex inducere potest compensationem, nihil aliquid requiritur, ut talis operatio legis cum effectu sequatur, nisi quod in potentiâ hinc indè debitum et creditum sit compensabile, neque actu repugnet voluntas in contrarium illius cujus in favorem lex operari debet compensationem, itâ in casu nostræ quæstionis superius positæ, lex eumdem prorsùs effectum compensationis producere debet, dùm ibi similiter creditum et debitum Petri in potentiâ est compensabile; non quia id quod debet Petrus Francisco pro pretio mercium ad alios spectantium de jure sit compensabile, sed quia compensabile in vim consuetudinis universalis mercatorum effectum fuit* (¹).

La décision de Casaregis est juste; toutefois il en donne une mauvaise raison quand il dit que cette compensation n'a pas lieu par la seule force du droit, *de jure*, mais en vertu de la coutume universelle du commerce, à laquelle il attribue force de loi, *in vim consuetudinis universalis mercatorum*, et en vertu de la volonté présumée des parties. Il tombe ici dans une erreur que j'ai déjà signalée tout à l'heure (²). Aussi MM. Delamarre et Lepoitvin, qui pensent, contrairement à Casaregis, que, dans le cas de faillite du commis-

(¹) *Disc.* 133, n. 36 et suiv.
(²) Voy. *sup.*, n. 474.

sionnaire, la compensation n'a lieu relativement au commettant que lorsqu'il est intervenu entre le commissionnaire et le tiers un acte qui suppose la volonté de compenser, en profitent pour prendre leurs avantages contre Casaregis et lui reprocher une pétition de principe et une contradiction manifeste ([1]). Si, en effet, la compensation n'a pas lieu dans l'espèce prévue par la seule force du droit, *ipso jure*, comment aurait-elle lieu par suite d'une présomption de volonté qui est précisément la base juridique de la compensation de plein droit? Ce qu'il faut dire, c'est que le commissionnaire et le tiers avec lequel il traite en son propre nom pour le compte du commettant, étant respectivement débiteurs l'un de l'autre, puisque la personne du commettant s'efface dans les agissements du commissionnaire, il y a dette réciproque, *hinc indè debitum compensabile*, et qu'il s'opère, dès-lors, une compensation nécessaire et de plein droit à laquelle l'événement ultérieur de la faillite du commissionnaire ne saurait porter aucune atteinte.

Selon les auteurs du *Traité du contrat de commission*, pour mettre obstacle à l'action du commettant qui exerce contre le tiers les droits du commissionnaire, il faut que la compensation ait déjà été opérée entre ceux-ci par l'effet d'une convention expresse ou tacite, et, de plus, en temps opportun, c'est-à-dire avant la faillite ou la déconfiture du commissionnaire. Cette compensation, disent-ils, n'est pas celle qui, d'après l'article 1290 du Code civil, s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu du débiteur. C'est une compensation *sui generis*, une compensation facultative, qui ne s'opère pas *inter dormientes*. Elle ne s'accomplit que par la volonté mutuelle de ceux qui

([1]) *Du contrat de commission*, t. II, n. 277.

s'entre-doivent, ou par un fait impliquant cette volonté, ou par la volonté du juge qui en tient lieu. Si le commissionnaire a failli sans qu'auparavant la compensation ait été faite de l'une de ces trois manières, l'acheteur ne peut en exciper contre le commettant, sous prétexte qu'elle se serait opérée de plein droit, par la seule force de la loi ([1]). Et, pour étayer ce système si arbitrairement construit, MM. Delamarre et Lepoitvin invoquent le deuxième alinéa de l'article 575 du Code de commerce qui permet au commettant, en cas de faillite du commissionnaire, de revendiquer le prix ou la partie du prix des marchandises consignées au failli pour être vendues, qui n'aura été ni payé, ni réglé en valeur, *ni compensé en compte-courant* entre le failli et l'acheteur. D'où ils concluent qu'entre l'acheteur et le commissionnaire failli, la loi ne reconnaît d'autre compensation que celle qui s'est opérée en compte-courant; qu'il n'y a point entre eux de compensation de plein droit par la seule force de la loi, et que le fait de l'homme est nécessaire. Mais aussitôt ils détruisent toute la force de l'argument qu'ils prétendaient tirer de l'article 575, en ajoutant que cet article ne peut pas être entendu dans un sens limitatif à la seule compensation par compte-courant; qu'il est impossible de priver d'effet celle qui serait convenue par le marché même, ou prononcée en justice avant la faillite du commissionnaire; et que ce qui importe, c'est que la compensation ait été faite de bonne foi dans un temps où les compensants jouissaient de leur nom et de leur crédit commercial ([2]).

Il me semble que ces auteurs font là un long circuit pour revenir, en définitive, à la compensation de plein droit où à

([1]) *Droit de commission*, t. II, n. 275.
([2]) *Ibid*, n. 277.

quelque chose d'équivalent, puisqu'ils finissent par dire que ce qui importe, c'est que la compensation soit faite de bonne foi et dans un temps opportun, et qu'ils reconnaissent que l'art. 575 n'est pas limitatif. Or, la compensation qui s'opère de plein droit entre deux dettes réciproques, dont l'échéance est antérieure au temps de la faillite, n'est-elle pas de bonne foi et ne s'opère-t-elle pas en temps opportun? Tout ce qui importe ici c'est que les deux dettes aient une date qui leur ait permis de concourir et de s'éteindre réciproquement. L'acheteur ne peut donc invoquer la compensation qu'en prouvant qu'à une époque antérieure à la faillite, il s'est trouvé créancier du commissionnaire chargé de vendre, en même temps qu'il devait à ce commissionnaire le prix des marchandises vendues. Et comme les créances des commerçants les uns envers les autres sont ordinairement l'occasion d'un compte ouvert par le créancier à son débiteur, et que ce compte prouve par lui-même l'existence et la date de la créance, l'article 575, pour faire comprendre la nécessité de cette preuve, a indiqué le moyen par lequel elle pouvait être le plus ordinairement faite, sans exclure les autres moyens admis en matière commerciale. L'article 575 n'a donc pas pour objet de substituer à la compensation de plein droit une compensation conventionnelle dont rien n'indique la nécessité, et qui serait une nouveauté, aussi bien dans le droit commercial que dans le droit civil : il ne veut qu'une chose, c'est que la compensation se soit réellement opérée, c'est-à-dire qu'il y ait preuve du concours réciproque des deux dettes, *dato hinc indè debiti et crediti concursu*, à une époque où les parties jouissaient encore de la plénitude de leurs droits, et où la faillite du commissionnaire n'avait pas fait obstacle à la compensation légale.

Concluons de là que la compensation légale, opérée avant

la faillite du commissionnaire, est opposable au commettant.

378. Reste à savoir maintenant quand et comment le commettant, pour le compte duquel le commissionnaire a contracté en son propre nom une dette qui s'est compensée avec ce qui était dû au commissionnaire par le tiers avec lequel il a contracté, peut se prévaloir de cette compensation. Cette question présente moins de difficulté.

Supposons un commettant qui a chargé un commissionnaire de lui acheter des marchandises; le commissionnaire qui les achète en son propre nom, et qui se constitue ainsi débiteur personnel du prix, peut compenser ce prix avec ce qui lui est dû par le vendeur. Cette compensation opérée, le commettant ne doit plus rien au vendeur, qui est payé par voie de compensation; mais il reste débiteur envers le commissionnaire qui, en compensant avec le tiers, a en définitive payé pour le compte du commettant; d'où il suit que le commettant, qui peut opposer au vendeur la compensation au moyen de laquelle il a été payé, ne peut l'opposer au commissionnaire qui est devenu le créancier du commettant, en même temps qu'il a cessé d'être créancier du vendeur.

379. On voit donc par ce qui précède que même dans les cas où la compensation paraît s'opérer entre des dettes qui ne sont pas personnelles aux parties, cependant elle ne s'opère que parce que ces dettes leur sont réputées personnelles : ce qui en définitive confirme la règle qu'un tiers ne peut, pour éteindre ma dette, faire valoir la créance qu'il a sur mon créancier, sauf à ce tiers à me céder ses droits contre mon créancier, et, en me constituant ainsi personnellement créancier, à me mettre en mesure d'exercer moi-même la compensation : *nisi interveniat jurium cessio facta per creditorem in eum qui vult compensare : tali enim casu,*

cùm per dictam cessionem cessionarius acquirat actiones saltem utiles, et per consequens sit verè creditor, tunc demum poterit locus esse compensationi (¹).

380. Cette cession de droits, à l'aide de laquelle la compensation s'opère entre personnes qui, originairement, n'étaient pas débitrices les unes des autres, a donné naissance à l'un des procédés les plus usuels de la pratique commerciale, et est devenue, sous le nom de *virement*, l'une des conquêtes les plus fécondes du crédit privé. Les virements qui, dès le XIIe siècle, étaient pratiqués par la banque de Venise (²), qui, plus tard, servaient à solder toutes les opérations qui se faisaient dans les foires (³), reposent sur une cession de droits ou une délégation, dont le mécanisme est facile à comprendre : Je vous dois mille francs, et vous devez pareille somme à un tiers qui m'en doit autant. Si je vous cède mes droits sur ce tiers, je suis libéré envers vous, et il s'opère entre vous et le tiers une compensation qui vous libère l'un et l'autre; de même encore, si vous me devez mille francs et si je dois la même somme à un tiers, je puis, en vous chargeant de payer pour moi le tiers auquel je cède ma créance, vous libérer envers moi, et me libérer envers le tiers au moyen d'une compensation entre ce que vous me devez et ce que je lui dois (⁴).

(¹) De Turri, *De camb.*, *disp.* 2, *quæst.* 11, n. 17 et suiv.

(²) Blanqui, *Hist. de l'écon. polit.*, t. I, p. 287.

(³) Casaregis, *disc.* 761, n. 19 et *Disc.* 202, n. 9 et suiv.; De Turri, *De camb.*, *disp.* 2, *quæst.* 19, n. 25.

(⁴) Voici comment De Turri explique les virements qui s'opéraient dans les anciennes foires : A *bancherius creditor* B *de centum*, *secundum antiquam consuetudinem in solutionibus feriarum perquirebat quisnam esset debitor ejusdem de totidem centum ; et reperto* C, *illius debitore*, *ei dicebat : illa centum quæ tu debes* B, *et ille mihi*, *tu solve* D, *cui ego totidem debeo. Tali casu*, *si forte* C *erat creditor* D *de totidem*, *omnia rectè procedebant. Nam* B *liberabatur ab* A; C *verò*

Quand J.-B. Say écrivait son *Cours d'économie politique*, c'est-à-dire il y a vingt ou vingt-cinq ans, c'était à Londres que se faisait le plus de virements de parties. « Les négociants, dit-il, n'ont presque jamais une caisse attachée à leur comptoir. Ils chargent des banquiers, qui n'ont point d'autres fonctions, de recevoir et de payer pour eux ; toutes les affaires se règlent par des mandats (*checks*) que chacun fournit sur son banquier, auquel on remet en même temps tous les mandats que l'on reçoit. Les banquiers se rassemblent ensuite chaque jour, à une certaine heure, dans un comptoir de règlements (*clearing-house*), et compensent les mandats qu'on a sur eux par les mandats qu'ils ont sur les autres. Le nombre des banquiers de Londres, ajoute J.-B. Say, est de soixante-et-dix ; ils effectuent chaque jour des payements pour une somme de quatre millions à quatre millions huit cents mille livres sterling, c'est-à-dire de cent à cent vingt millions, monnaie de France; ce qui suppose des payements pour au moins trente-sept milliards par année. On ne se sert de monnaie que pour payer les appoints, et cette monnaie se compose presque entièrement de billets de confiance (*bank-notes*) : deux cent cinquante mille livres sterling suffisent à cette immense circulation (¹). » Depuis l'époque où J.-B. Say écrivait ces lignes, l'usage des virements sur une grande échelle s'est généralisé. On fait maintenant à la banque de France quelque chose de fort approchant de ce qui de son temps se faisait à Londres; et il est permis de dire avec M. Blanqui qu'un *clearing-house* universel s'établira tôt ou tard,

---

à B*; et* D *liberabatur à* C, *et demum* A *liberabatur à* D. (*De camb., disp.* 2, *quæst.* 19, n. 25. — Voy. la *décis.* 28 de la Rote de Gênes, n. 5.

(¹) T. I, p. 485, (édit. *Guillaumin*).

pour régler tous les marchés par des compensations de créances ([1]).

381. Du reste, il n'est pas nécessaire que la cession, par suite de laquelle la compensation s'opère entre des dettes qui originairement n'étaient pas dues par des débiteurs réciproques, soit expresse. Elle peut être tacite et résulter des circonstances qui la présupposent. Ainsi, il a été jugé que le négociant, créancier d'un tiers pour le compte duquel des fonds lui ont été remis par un débiteur de ce dernier, avec destination spéciale, par exemple, pour servir de provision à des lettres de change, peut néanmoins appliquer les fonds à l'extinction de sa propre créance, au lieu de leur donner la destination qu'ils avaient reçue. Dans ce cas, celui qui a fourni les fonds n'est pas recevable à se plaindre de cet emploi; alors que le tiers auquel les fonds étaient destinés ne le critique pas, et a retiré de la circulation les lettres de change ([2]). Le retrait des lettres de change peut en effet être considéré comme la preuve d'une cession consentie par le preneur, au profit du tiré, de ses droits contre le tireur.

382. Il faut même remarquer sur ce point que bien qu'en général le cessionnaire d'une créance ne soit saisi que par la notification qui en est faite au débiteur cédé, cependant, en matière de virements, cette notification n'est pas nécessaire, alors même, ce qui arrive quelquefois, que la créance cédée ne consiste pas en un billet à ordre ou une lettre de change dont la transmission s'opère par endossement. La raison en est que le virement suppose une convention entre le cessionnaire, le cédant et le débiteur cédé, et qu'il y a dès-

---

([1]) *Hist. de l'écon. pol.*, t. I, p. 382.

([2]) Cass., 28 mars 1811 (Dev. et Car., 3, 1, 313).

lors, de la part de ce dernier, une acceptation de la cession qui dispense d'une notification particulière.

383. Observons de plus que les virements n'étant autre chose qu'une cession d'action ou une délégation, ne peuvent avoir lieu après la faillite du cédant, puisque ce serait faire une aliénation, ce qui lui est défendu, pour arriver à une compensation, ce qui lui est pareillement interdit ([1]). *Decoctus vel decoctioni proximus,* dit Casaregis, *non valet partitas scriptas immutare, seu ut vulgò dicitur* stornare ([2]). La Cour royale de Rouen a même jugé qu'une délégation faite dans le but d'arriver à une compensation, constituant avant tout une aliénation de la créance déléguée, ne pouvait être assimilée à un payement en espèces ([3]), ni par conséquent être faite dans les dix jours qui précèdent la faillite, bien que dans ce délai le failli puisse valablement payer en espèces les dettes échues ([4]).

384. Nous venons de voir comment la cession des droits du créancier d'un tiers, au profit de celui qui était déjà débiteur de ce tiers, permet à la compensation de s'opérer entre la créance cédée et la dette du cessionnaire, au moyen du concours que la cession établit entre ce qui est dû par le débiteur cédé et ce qui est dû par le cessionnaire, qui deviennent réciproquement débiteurs l'un de l'autre.

Mais en même temps que la cession rend la compensation possible entre le débiteur cédé et le cessionnaire, elle empêche, par contre, qu'elle ne puisse ultérieurement s'opérer entre le débiteur cédé et le cédant, puisque, par l'effet de

---

([1]) Voy. *inf.*, n. 591.
([2]) *Disc.* 135, n. 5.
([3]) C. com., 446.
([4]) Rouen 5 janvier 1841 (Dev. 41, 2, 165).

la cession, le cédant cesse d'être créancier du débiteur cédé, et que si le cédant est ou devient à son tour débiteur du débiteur cédé, il n'y a plus entre eux de dettes réciproques. La cession que le cédant a fait de ses droits équivaut à une renonciation à la compensation.

385. Réciproquement le débiteur cédé, qui par l'effet de la cession n'est plus débiteur du cédant, ne peut pas opposer au cessionnaire la compensation de ce que lui devait le cédant : il ne peut opposer au cessionnaire que la compensation de ce que lui doit le cessionnaire.

385 *bis*. Toutefois, il faut distinguer sur ce point entre le cas où la cession a été seulement notifiée au débiteur cédé, du cas où le débiteur cédé a, de plus, purement et simplement accepté la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers. Dans le premier cas, le cessionnaire, n'étant saisi que par la notification faite au débiteur, il en résulte que la cession n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification, et que le débiteur cédé reste maître d'opposer la compensation qui s'est opérée antérieurement à la notification ([1]). *Debitor cessus*, dit Casaregis, *non potest regulariter compensare credita quæ ei supervenerunt post cessionem illius debiti a suo creditore in alterum factam, præsertim quando concurrit intimatio cessionis facta a cessionario debitori cesso* ([2]).

385 *ter*. Dans le second cas, au contraire, l'acceptation pure et simple, que le débiteur cédé fait de la cession, équivaut à une renonciation de sa part à la compensation acquise, et il ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant son acceptation, opposer au cédant ([3]). C'était l'o-

([1]) C. civ., 1295.
([2]) *Disc.* 155, n. 55 et 56.
([3]) C. civ., 1295.

pinion de presque tous les anciens auteurs : *Debitor cessus se denuo obligante ad solvendum cessionario debitum cessum, non potest amplius contra cessionarium opponere compensationem crediti quod habebat cum cedente, ob tacitam renuntiationem resultantem à novâ obligationis sumptione.* [1] Toutefois, Casaregis la combat. Selon lui, le débiteur cédé n'est privé de la faculté d'opposer au cessionnaire la compensation qu'il aurait pu opposer au cédant avant son acceptation, que dans le cas d'une délégation qui opère novation, et, par suite, extinction de la créance du cessionnaire contre le cédant [2]; parce que, dans cette hypothèse, la compensation qui serait opposée au cessionnaire le laisserait sans recours possible contre qui que ce soit. Au contraire, quand il s'agit d'une cession simple, qui n'emporte pas novation, Casaregis décide que le débiteur cédé peut, nonobstant son acceptation, opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant qu'il représente, parce que, dans cette hypothèse, le cessionnaire conserve son recours contre le cédant [3]. Mais c'est par erreur que Casaregis voit la raison de décider, dans une novation qui éteindrait les droits du

---

(1) *Olea, de cess.* tit. 6, *quæst.* 11, n. 22; et autres cités par Casaregis.

(2) Voy. *sup.*, n. 307.

(3) *Verum pro responsione dicebam hæc solum habere locum quandò in actu cessionis intervenit ipse debitor cessus, et de mandato sui creditoris promisit cessionario se soluturum debitum cessum, quod propriè non est cessio, sed delegatio ; secùs autem quandò creditor simpliciter cedit debitum, posteà verò separatim debitor cessus, aut solvat, aut promittat solvere, quia tunc potest cessionario compensationis exceptio opponi, quæ poterat cedenti, quia delegatarius qui accipiendo in locum delegantis debitorem delegatum, et per consequens novando primam obligationem in secundum transfusit, primum liberando, si hâc repelleretur exceptione compensationis, actione remaneret destitutus; simplex vero cessionarius si predictâ compensationis exceptione excludatur, regressum habet*

cessionnaire contre le cédant. La raison s'en trouve dans la renonciation que suppose l'acceptation pure et simple de la cession, à la compensation qui s'était déjà opérée vis-à-vis du cédant, *ob tacitam renonciationem resultantem à novâ obligationis sumptione*. La novation qui se serait opérée entre le cédant et le cessionnaire ne peut être ici d'aucune considération, parce qu'elle n'ajoute rien à la renonciation qui seule peut priver le débiteur cédé d'un droit qui lui était acquis.

386. Comme on le voit, il faut donc, pour que le débiteur cédé cesse de pouvoir, soit pour le passé, soit pour l'avenir, se prévaloir contre le cessionnaire de la compensation qu'il aurait pu opposer au cédant, que l'acte de cession lui ait été notifié ou qu'il ait accepté la cession. C'est en effet la notification du transport ou son acceptation qui saisit le cessionnaire de la créance cédée ([1]); mais cette règle n'est applicable qu'aux transports de créances commerciales ou civiles, peu importe, qui ont lieu dans la forme civile, c'est-à-dire par un acte spécial et distinct susceptible de notification. Il en est autrement du transport commercial par voie d'endossement des obligations à ordre.

C'est là un point incontestable quand il s'agit d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Celui qui en est porteur au moment de l'échéance, en vertu d'un endossement régulier, n'est passible d'aucune des exceptions de compensation que le débiteur aurait pu opposer aux porteurs antérieurs ([2]), par ce motif que le débiteur d'une obligation à ordre s'est

---

contrà cedentem, alia quoque accedente ratione nempè quod delegatarius novatâ obligatione non repræsentat delegantem; secus simplex cessionarius. (*Disc.* 51, n. 51. Voy. aussi n. 25 et suiv.)

([1]) C. civ., 1691.

([2]) Pothier, *Du contrat de change*, n. 186; Arrêt du 3 sept. 1700 (*Journal des Audiences*, t. V, p. 862).



engagé à payer à celui qui, à l'échéance, serait porteur de l'effet, et par suite a renoncé d'avance à lui opposer les exceptions dont seraient passibles les porteurs intermédiaires; il ne peut opposer au porteur que la compensation qui procède de son chef.

387. Je pense même qu'il en serait ainsi dans le cas où il s'agirait de l'endossement d'une obligation notariée à ordre, et que l'endossement de cette obligation produirait les mêmes résultats que celui d'un effet de commerce ordinaire, sans qu'il fût nécessaire de recourir à une notification préalable. Toutefois, la question est controversée dans la jurisprudence.

Tenons d'abord pour constant qu'une lettre de change ou un billet à ordre peuvent être rédigés dans une forme authentique, et passés par devant notaire. L'authenticité d'un acte ne peut jamais être un vice; c'est, au contraire, une garantie de plus. Cette forme est sans doute assez insolite, mais n'est pas sans exemple : les décisions rendues en sens divers sur les effets de l'endossement d'un pareil acte en sont la preuve (*).

Cela posé, il faut bien admettre que, lorsqu'une obligation notariée est stipulée payable à ordre, cette stipulation a un sens quelconque; et, le seul qu'elle puisse avoir, c'est d'exprimer que l'obligation pourra être valablement transmise par voie d'endossement, et que cet endossement produira les mêmes effets que l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ordinaires. Car, si cette stipu-

---

(*) Voy. M. Merlin, *Répert.* v° *Lettre de change*, § 2, n. 7, M. Pardessus, *Du contrat de change*, n. 60, et *Cours de droit comm.*, n. 330 M. Duvergier, *De la vente*, t. II, n. 212; M. Troplong, *De la vente*, t. II, n. 906.

lation ne produisait pas cet effet, c'est qu'elle serait réputée non écrite, ce qui serait tourner dans un cercle vicieux, puisque cela reviendrait à dire qu'on ne peut faire une lettre de change ou un billet à ordre par acte notarié. Les arrêts qui jugent que l'endossement d'une obligation notariée à ordre ne produit pas les mêmes effets que l'endossement d'un effet de commerce ordinaire, manquent donc de logique (¹); et je me range sans hésiter du côté de ceux qui ont adopté l'opinion contraire, et qui attachent les mêmes effets à l'endossement d'une obligation à ordre, soit que cette obligation ait lieu par acte sous seing privé et dans la forme ordinaire des effets de commerce, soit qu'elle ait lieu par acte notarié (²).

388. L'endossement, au surplus, ne produit les effets d'une cession, et n'empêche le débiteur d'opposer au porteur aucune exception de compensation du chef des porteurs antérieurs, que dans le cas où il est régulier et conforme à l'article 137 du Code de commerce. Quand, au contraire, il est irrégulier, c'est-à-dire quand il n'est pas daté, quand il ne contient pas une énonciation suffisante de la valeur fournie, ou bien encore quand il ne consiste qu'en une simple signature mise au dos de l'effet, alors, comme il n'opère pas transport, et n'est qu'une procuration donnée au porteur de l'effet, le débiteur peut opposer au porteur toutes les compensations qu'il pourrait opposer aux mandants (³).

Mais, dans tous les cas où l'endossement est régulier et,

(¹) Voy. Lyon, 22 mars 1830 (Dev. 31, 2, 238). Grenoble 7 fév. 1835. (Dev. 35, 2. 340; Dall. 35, 2, 65.)

(²) Lyon, 4 juin 1830 (Dev. 33, 1, 817; Dalloz. 33, 1, 235); Grenoble, 17 novembre 1836 (Dev. 37, 2, 282).

(³) Cass. 10 sept. 1812 (Dev. et Car. 4, 1, 189); Liège, 13 déc. 1810, *Ib*. 3, 2, 570).

conséquemment translatif de propriété, le débiteur ne peut en rechercher les causes pour prétendre que cet endossement cache une simple procuration, et que l'endosseur auquel il aurait une compensation à opposer, est resté propriétaire de la lettre de change ou du billet à ordre. L'intérêt du commerce veut que l'endossement fasse pleine foi de ce qu'il exprime. C'est ce qui a été jugé par la Cour royale de Paris, le 12 mai 1806 (¹), dans une espèce où le débiteur prétendait que le porteur d'un effet de commerce en vertu d'un endossement régulier, ne le détenait qu'à titre de nantissement. Mais si le porteur interpellé sur le point de savoir s'il détient l'effet à titre de propriété ou de nantissement, confessait le nantissement, alors, dans ce cas, comme dans celui d'un endossement irrégulier, le débiteur serait fondé à opposer au porteur l'exception de compensation personnelle à l'endosseur qui n'aurait pas cessé d'être son créancier.

389. Enfin, quand il s'agit de billets au porteur dont la propriété se transmet par la simple tradition, sans laisser de trace des transmissions successives, le débiteur ne peut opposer au porteur actuel aucune compensation du chef des porteurs intermédiaires, alors même qu'il les connaîtrait, parce que la tradition, en vertu de laquelle le porteur détient l'obligation, équivaut au transport accepté d'une obligation ordinaire et à l'endossement d'une obligation à ordre(²).

290. La saisie-arrêt produit, relativement à la compensation, les même effets que la cession ou le transport. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut plus, au

(¹) Dev. et Car. 2, 2, 144.
(²) Cass. 10 nov. 1829 (Dev. 9, 2, 380.)

préjudice du saisissant, opposer la compensation ([1]). La saisie-arrêt conduit à une sorte de cession judiciaire de la créance saisie; et, lors même que la validité n'en a pas encore été prononcée, le fait seul de la saisie suffit pour que le saisissant y ait un droit acquis, et que le tiers saisi qui ne peut plus payer son créancier ne puisse plus se prévaloir d'une compensation qui équivaudrait à un payement.

391. Cette dernière solution est l'application de ce principe posé par l'article 1298 du Code civil, que la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis aux tiers. On trouve, en matière de faillite, un exemple fort remarquable de l'application de la même règle.

Le failli est dessaisi de l'administration de ses biens qui, par le fait du jugement déclaratif, se trouvent placées sous la main de ses créanciers. Il ne peut donc faire aucun payement, soit parce qu'il ne peut disposer d'aucune partie de son actif, soit parce que la faillite a placé les créanciers dans la même position que des créanciers saisissants, qui tous ont un droit égal et acquis aux biens de leur débiteur. De là cette conséquence que le failli ne peut faire aucun payement par voie de compensation, soit qu'il s'agisse de dettes échues, soit qu'il s'agisse, comme nous l'avons déjà vu, de dettes non échues mais que la faillite a rendues exigibles. C'est là un principe consacré de tout temps par le droit commercial, énergiquement rappelé par Casaregis : *In casu debitoris decocti, in præjudicium creditorum compensatio nunquam admittitur* ([2]), et dont la jurisprudence moderne présente de nombreuses applications ([3]).

([1]) C. civ., 1298.

([2]) *Disc.* 21, n. 21. Voy. aussi *Disc.* 135, n. 37; *Disc.* 74, n. 23 et 24.

([3]) Voy. Cass. 10 juill. 1832 (Dev. 32, 1, 429; Dall. 32, 1, 318.) 24 nov. 1841 (Dev. 32, 1, 80.)

Celui qui est à la fois créancier et débiteur du failli ne peut donc se prévaloir d'aucune compensation ; et il est obligé de payer ce qu'il doit, sauf à concourir avec les autres créanciers pour le payement de ce qui lui est dû. *Debitores decocti*, disait encore sur ce point Casaregis, *non possunt propria debita cum suis debitis compensare in præjudicium aliorum creditorum, sed solutis priùs eorum debitis, pro eorum creditis tenentur postmodum actionem promovere in judicium concursûs ad effectum obtinendi graduationem* [1].

391 *bis*. Mais lorsque des effets de commerce transmis en compte-courant ne sont pas acquittés à l'échéance par suite de la faillite du souscripteur, et que celui qui les a acceptés et endossés se trouve obligé d'en rembourser le montant aux tiers porteurs, n'a-t-il d'autre droit à exercer dans la faillite que celui de participer aux dividendes; ou peut-il être admis à compenser la créance résultant pour lui du remboursement, avec les sommes dont il se trouve d'un autre côté débiteur envers le failli ?

C'est là une difficulté qui se rattache à une question beaucoup plus générale sur le règlement des comptes courants en matière de faillite, question sur laquelle il n'est pas hors de propos de s'arrêter un instant à raison des principes qui la dominent, et qui sont souvent ceux de la compensation.

Il s'agit de la question de savoir si des remises en effets de commerce passées en compte courant par voie d'endossement, deviennent à l'instant même un article de crédit irrévocable au profit du remettant, bien qu'ils ne soient pas payés à leur échéance ; ou si au contraire ils ne donnent lieu qu'à un article de crédit conditionnel et subordonné à leur encaissement, de telle sorte que s'ils ne sont pas payés, l'ar-

---

[1] *Disc.* 74, n. 23 et 24.

ticle de crédit doive disparaître pour faire place à un article de débit; et c'est alors qu'on peut se demander si celui au crédit duquel ils figuraient et qui a été obligé de les rembourser à ceux à qui il les avait transmis à son tour, est admis à compenser ce remboursement avec la balance du compte; et surtout, en supposant l'affirmative, si la solution de ces questions est la même quand celui qui a fait les remises est en état de faillite, que lorsqu'il jouit de la plénitude de ses droits.

C'est en effet la circonstance de faillite qui vient presque toujours compliquer la question; aussi, chaque fois qu'elle s'est présentée devant les tribunaux, s'agissait-il principalement de prononcer entre les prétentions opposées, d'une part, de celui à qui avaient été faites par compte-courant des remises non acquittées à leur échéance, et qui voulait les retrancher du crédit du remettant; et, d'autre part, de la masse de la faillite qui avait un intérêt évident à les maintenir au crédit du failli, sauf à admettre au passif de la faillite, comme créancier ordinaire, celui à qui ces remises avaient été faites.

Un arrêt de la Cour de cassation, du 27 avril 1846, juge que l'article de crédit résultant d'une remise par voie d'endossement est définitif, qu'il n'est pas subordonné à l'encaissement, en ce sens du moins que si la faillite du remettant arrive avant l'échéance des billets, la balance du compte n'en éprouve aucune modification au préjudice du failli, et que celui à qui les billets avaient été remis et qui n'en a pas touché la valeur, n'a d'autre voie de recours que celle qui est ouverte à tout porteur contre un endosseur failli.

Pour l'appréciation de ce système, il faut d'abord examiner en elle-même, et, abstraction faite de la circonstance de faillite, la question de savoir quel est l'effet d'une remise faite en compte-courant par voie d'endossement. Nous arri-

verons ensuite aux modifications que l'état de faillite peut apporter dans la discussion.

En nous reportant aux définitions du compte-courant qui ont été données plus haut ([1]), on reconnaît qu'il est de l'essence de ce contrat que les prêts et avances faits par l'un des contractants à l'autre constituent à la fois un article de débit pour celui qui reçoit, et de crédit pour celui qui avance, sauf règlement en fin de compte par compensation entre la masse du crédit et celle du débit. En d'autres termes, dans un compte-courant, tout article de crédit est corrélatif à un article de débit, et réciproquement, puisque celui qui fait une remise de cent est crédité de cent, et que celui qui la reçoit est débité de pareille somme; et loin que tout soit terminé entre les parties par la passation de l'écriture qui énonce la cause du débit et du crédit réciproques, les contractants ne deviennent définitivement créanciers ou débiteurs que par l'arrêté de compte final qui en établit la balance au profit de l'un ou de l'autre. C'est là ce qui distingue les avances faites en compte-courant des prêts ordinaires; les prêts ordinaires constituent une opération simple, dont le résultat est connu à l'instant même, et ne dépend d'aucun évènement ultérieur et incertain. Celui qui prête est créancier; celui qui emprunte est débiteur, et le terme qui peut être stipulé pour le payement de la dette ne touche pas à son existence. Un *débité* au contraire n'est pas débiteur; un *crédité* n'est pas créancier, ils peuvent le devenir; mais leur position est subordonnée au résultat définitif du compte, à la compensation qui s'opère en fin de compte entre le débit et le crédit.

De là cette conséquence forcée que la réalité du débit dépend nécessairement de la réalité du crédit, puisque l'un est

---

([1]) Voy. *sup.*, n. 362.

la contrepartie de l'autre; que là où il n'y a qu'un crédit illusoire et purement nominal, il ne peut y avoir un débit effectif, et que la compensation qui s'opère en fin de compte entre la masse du crédit et celle du débit, entre le *doit* et l'*avoir*, ou, ce qui revient au même, entre les dettes respectives, suppose que ces dettes sont également certaines ([1]).

Si donc les remises sont faites, non en espèces, mais, ce qui arrive le plus ordinairement, en effets de commerce que le remettant endosse au profit de celui qui les reçoit, elles ne forment un article de crédit définitif au profit de celui qui les fait, et conséquemment un article de débit également définitif au préjudice de celui qui les reçoit, que si à l'échéance les effets de commerce sont payés. En d'autres termes, il n'est donné crédit des remises en papier que *sauf l'encaissement*, c'est-à-dire à condition que l'effet sera payé. « Si l'effet n'est pas payé, disent MM. Delamarre et Lepoitvin, et que celui qui l'a reçu justifie avoir fait le nécessaire, non-seulement il annule par une contrepassation d'écritures le crédit qu'il en avait donné, mais il se crédite à son tour des frais de protêt et autres frais légitimes auxquels a donné lieu ce défaut de payement, et même du capital de l'effet, s'il l'a négocié, et que le porteur s'en soit fait rembourser par lui ([2]). »

C'est ce que M. Pardessus avait déjà dit en termes non moins formels : « L'entrée d'un effet dans un compte-courant ne peut créer irrévocablement un article de crédit pour celui qui l'a cédé de cette manière qu'en cas de payement à l'échéance : il ne peut jusque là être crédité que conditionnellement; car si l'effet n'est pas payé, cet article de crédit

---

([1]) Voy. *sup.*, n. 346 et 348.
([2]) *Du contrat de commission*, n. 496.



disparaît, et même celui qui l'a reçu devient créancier des frais de protêt, diligences, poursuites et autres droits légitimes qui ont été l'effet du défaut de payement, et qui forment, au contraire, un article de crédit en sa faveur. Il arrive bien plus : quelquefois le correspondant peut avoir lui-même négocié ces effets, et lorsqu'ils sont protestés il est tenu de les rembourser..... Alors, non-seulement l'article de crédit qu'ils formaient pour l'envoyeur est annulé par une contrepartie, mais encore celui qui les avait reçus se trouve créancier du capital, compte de retour, frais de protêt et autres accessoires, et des intérêts ([1]). »

S'il en était autrement, il en résulterait qu'une remise en effets de commerce, non payés à l'échéance, qui ne constituerait qu'un crédit nominal, puisqu'en définitive celui qui les a transmis n'aurait rien donné, constituerait cependant un débit réel au préjudice de celui qui les a reçus, puisque cet article de débit diminuerait effectivement d'autant son crédit avec lequel il se compenserait. Or, ce serait là méconnaître le principe même du compte-courant qui est la corrélation de chaque article de débit et de crédit, corrélation qui ne doit pas seulement exister dans les chiffres, mais aussi dans les valeurs que ces chiffres représentent; à moins qu'on ne veuille faire du compte-courant un instrument de déception, tandis que basé sur l'égalité la plus complète, il doit présenter l'état loyal et vrai des correspondants dont il résume les rapports.

La Cour de cassation, dans son arrêt précité, objecte qu'en droit, la propriété d'un effet de commerce se transmet par la voie de l'endossement, sauf le recours du porteur si l'effet n'est pas payé; et qu'il n'en peut être autrement quand le

([1]) *Droit comm.*, t. II, n. 476.

même commerçant a négocié successivement plusieurs effets au même banquier, parce que la multiplicité des opérations semblables ne peut rien changer à l'application des règles, et qu'un compte-courant établi sans conventions spéciales n'est autre chose qu'une remise successive et réciproque des valeurs diverses, soumises aux règles générales chacune selon sa nature.

S'il en était ainsi, il n'y aurait plus de compte-courant, mais une suite d'opérations isolées sans relations les unes avec les autres, indépendantes de celles qui les précèdent et de celles qui les suivent, tandis qu'il est, au contraire, de l'essence du compte-courant que toutes les opérations dont il se compose se confondent dans une seule et même masse pour être réglées en définitive, ensemble et à la fois. Ce n'est donc pas la multiplicité des négociations semblables qui constitue le compte-courant : c'est la convention de se faire des remises réciproques dont le correspondant qui les reçoit est débité, tandis que le remettant en est crédité, pour arriver, en définitive, à un règlement par compensation des remises respectives.

Si donc il est vrai de dire que, en général, le porteur d'un effet de commerce non payé à l'échéance n'a d'autre moyen de se couvrir que de recourir contre son endosseur, il en est autrement quand l'effet négocié est entré dans un compte-courant pour former un article de crédit au profit de l'endosseur, et un article de débit contre le porteur. Le porteur est sans doute devenu propriétaire de l'effet, car il est de règle que toutes les remises faites par compte-courant deviennent la propriété du correspondant auquel elles sont faites; mais la réalité du crédit étant restée subordonnée à la réalité de la remise, le porteur se trouve couvert par l'annulation d'un article de crédit qui, ne s'étant pas réalisé, fait

disparaître l'article de débit qui en résultait à sa charge.

Les principes invoqués par la Cour de cassation sont donc vrais; mais elle en fait une fausse application, et elle confond deux choses essentiellement distinctes : l'endossement considéré en lui-même et comme constituant une négociation complète, et l'endossement qui, lorsqu'il a pour objet de faire entrer la valeur d'un effet négociable dans un compte-courant, n'est plus qu'un des éléments particuliers de l'affaire générale dont le compte-courant présente les résultats.

Concluons de là que des remises en effets de commerce n'entrent dans un compte-courant que *sauf encaissement*, et que si les effets de commerce ne sont pas payés à l'échéance, ils disparaissent du crédit du remettant et du débit de celui qui les a reçus. Il y a plus : si ces effets non recouvrés ont été pour celui-ci une occasion de dépense, s'il a été obligé soit de les protester, soit de les rembourser, il est autorisé à faire un nouvel article de compte de ces dépenses qui sont une conséquence du défaut de payement, en les portant à son crédit et au débit du remettant.

Tel est l'usage du commerce; et cet usage n'est pas arbitraire : il est fondé sur la nature des choses et sur l'essence même des conventions que présuppose nécessairement l'établissement d'un compte-courant.

La faillite du remettant change-t-elle quelque chose à ces résultats quand elle intervient avant l'échéance des effets qui sont entrés dans le compte-courant ? Ici la difficulté se complique, et, pour la résoudre, il faut se faire une idée exacte de l'influence qu'exerce la faillite d'un des correspondants, soit sur le compte-courant en particulier, soit sur la masse générale de ses affaires.

En ce qui touche le compte-courant, l'effet immédiat de la faillite est de l'arrêter aussitôt, et d'en fixer le solde sui-

vant l'état du débit et du crédit au jour de son ouverture. Pour travailler en compte-courant, il faut être capable de s'engager, de prêter, d'emprunter, d'aliéner, de donner ou de recevoir un mandat, toutes choses que la faillite interdit. Le compte-courant doit donc, en cas de faillite de l'un des correspondants, être arrêté d'après l'état de situation qui résulte de la dernière négociation régulière faite entre les parties.

Quant aux effets généraux de la faillite, il en est deux qui peuvent se trouver intéressés dans la solution de la question. Le premier est l'égalité qui soumet tous les créanciers au même niveau, et ne leur donne d'autre droit que de concourir sur la masse totale de l'actif, sans pouvoir prétendre à un payement particulier, sauf le cas où ils seraient protégés par un privilège reconnu par la loi; le second, qui est une conséquence du premier, est l'interdiction aux créanciers du failli, qui se trouvent en même temps ses débiteurs, de compenser leurs créances avec leurs dettes : il faut qu'ils commencent par payer ce qu'ils doivent, sauf à concourir avec la masse pour ce qui leur est dû.

Si les règles ordinaires du compte-courant, et les conditions auxquelles il est soumis quand les choses se passent entre parties jouissant de la plénitude de leurs droits, n'ont rien de contraire aux règles particulières à l'état de faillite, telles qu'elles viennent d'être rappelées, il faut en conclure que la faillite ne modifie pas les résultats du compte-courant; mais, s'il y a incompatibilité entre ces règles diverses, celles de la faillite doivent l'emporter, et alors le compte-courant, quand l'état de faillite intervient, se trouvera exceptionnellement soumis à un mode particulier de règlement.

De ces deux hypothèses, cherchons quelle est la vraie.

De ce que la déclaration de faillite arrête le compte-courant, et en fixe le solde, on ne peut être autorisé à en conclure qu'elle rend définitifs les articles conditionnels. Supposons qu'une stipulation expresse ait soumis l'inscription d'une remise à une condition quelconque, dont l'évènement devrait avoir pour effet de la faire disparaître du compte : nul doute que l'évènement de la condition aurait, après la faillite, le même effet qu'avant ; il y a là un droit acquis pour ou contre chacun des correspondants, sur lequel la faillite ne peut avoir aucune influence. Pourquoi en serait-il autrement lorsque la condition qui suspend l'effet de la remise, au lieu d'être expressément stipulée, résulte de la nature même du compte-courant? On n'en voit pas la raison. Sans doute, si cette condition devait produire des effets contraires aux règles de la faillite, on comprendrait que la loi du contrat dût céder devant une loi supérieure d'ordre et d'intérêt public. Mais il n'en est rien ; le non encaissement d'une lettre de change ou d'un billet passés en compte-courant, n'a d'autre effet que de rétablir le crédit et le débit, tels qu'ils devaient être dans l'origine et avant la faillite, en faisant disparaître un chiffre qui, n'ayant aucune valeur pour l'un des correspondants, ne peut en avoir aucune pour l'autre. Ce n'est pas là, comme le suppose la Cour de cassation, ouvrir au porteur un recours privilégié contre le failli. Le porteur qui, n'ayant pas reçu la valeur de l'effet de commerce qui lui a été passé en compte-courant, demande le retranchement de cet article du compte, ne prétend pas à une position plus favorable que celle des créanciers; il ne demande rien au failli, il ne l'actionne pas en remboursement de la valeur de l'effet non payé : il ne demande que l'exécution du contrat de compte-courant, suivant les errements réels antérieurs à la faillite, quitte à payer ce qu'il devra lors-

que le règlement du compte arrêté sur des articles de débit et de crédit sincères et effectifs aura fait connaître ce qu'il doit. Il ne propose même pas une compensation ; car la compensation n'a lieu qu'entre dettes réciproques. Ici, les éléments de la compensation manquent : celui qui, étant débiteur de la balance du compte, demande le retranchement d'une remise non payée, n'agit pas comme créancier du montant de cette remise ; il ne demande pas à réduire par voie de compensation la balance qui lui est contraire, il demande seulement à ne pas être considéré comme débiteur d'une remise dont il n'a pas touché la valeur, et à ne pas être tenu de payer ce qu'il ne doit pas. Si cette remise augmente d'autant le chiffre de la balance, c'est évidemment parce qu'on suppose que celui à qui elle a été faite, en a été débité, et a pu par conséquent en devenir le débiteur. Mais si, d'après les conventions expresses ou tacites et également obligatoires, cette remise ne doit figurer dans le compte que sous la condition d'encaissement, le non encaissement, en la faisant disparaître du débit comme du crédit, empêche que celui à qui elle a été faite en soit débiteur et, par suite, tenu d'en payer le montant au crédité. C'est ce qu'ont très-bien compris plusieurs arrêts de Cours royales, et même un arrêt de la Cour de cassation, qui jugent que la condition d'encaissement, inhérente à la négociation par compte-courant, n'est nullement altérée par l'évènement de la faillite de l'envoyeur des effets : par ce motif que donne, entre autres, un arrêt de la Cour royale de Douai, du 5 mars 1845 [1], que celui à qui la remise a été faite « ne demande pas à compenser la dette telle qu'on veut la faire résulter contre lui d'une simple énonciation de compte-courant, avec la pré-

---

[1] Dev. 45, 2, 268.

tendue créance qui résulterait pour lui de ce que la traite n'aurait pas été payée à l'échéance; qu'il demande seulement à effacer de ce compte-courant un article qui n'y a été inscrit que sous une condition tacite qui ne s'est pas accomplie... ([1]) » Il faut donc tenir pour constant que l'évènement de la faillite ne rend pas définitive une remise qui était essentiellement conditionnelle, et subordonnée à l'effet de l'encaissement; et que, nonobstant la faillite de l'envoyeur, antérieure à l'échéance de l'effet non payé, la balance du compte doit être arrêtée comme si cette remise, de laquelle ne peut résulter ni crédit, ni débit, n'y avait jamais figuré.

Mais ce n'est pas tout; et d'autres questions restent à résoudre.

Celui à qui est envoyé en compte-courant un effet de commerce, qui n'est pas payé à l'échéance, peut avoir conservé l'effet entre ses mains, de même qu'il peut l'avoir négocié.

S'il a conservé l'effet entre ses mains, il a été obligé de le faire protester faute de payement et de faire des frais pour la conservation de son droit contre les tireurs ou endosseurs. Ces frais occasionnés par une remise sans valeur sont évidemment dûs par celui qui a fait la remise, par le crédité; et le débité est autorisé à en faire un article de compte, qui est porté à son crédit et au débit de l'envoyeur.

S'il n'a pas conservé l'effet entre ses mains, ceux à qui il l'a négocié, ont pu, après l'avoir protesté, recourir contre lui pour se faire rembourser du montant de l'effet et des frais. Il se trouve alors créancier de l'envoyeur des sommes qu'il a payées à titre de remboursement, et il peut faire de cette

---

([1]) Voy. Cass., 15 janvier 1823. (Devill. et Car., 7, 1, 184). Nancy, 10 déc. 1842 (Devill., 43, 2, 5); Paris, 12 nov. 1844. (*Ib.* 45, 2, 268).

créance un article de compte qui figure à son crédit et au débit de l'autre correspondant.

Voilà comment les choses se passent lorsque celui qui a fait la remise non payée n'est pas en état de faillite. En est-il de même s'il est en faillite déclarée au moment de l'échéance de la remise? Je ne le pense pas.

La faillite arrête le compte-courant : c'est-à-dire que la déclaration de faillite empêche qu'aucun nouvel article ne soit passé en compte. Les frais de protêt fait par le débité, le remboursement qu'il a été obligé de subir, constituant des articles nouveaux, des créances nouvelles, doivent donc rester sans influence sur les résultats du compte, qui sont fixés par la faillite. C'est ici qu'il est vrai de dire que les débiteurs du failli ne peuvent lui opposer la compensation de ce qu'il leur doit; et c'est ce qui arriverait, si celui qui est débiteur par compte-courant pouvait opposer en compensation à la balance qui est à sa charge, la répétition qu'il peut avoir à exercer contre le failli pour les frais du protêt, ou pour le remboursement des effets qui lui avaient été transmis par compte-courant. Et qu'on le remarque bien, cette hypothèse n'a aucun rapport avec le cas où celui qui a reçu en compte-courant les effets non payés demande seulement que l'article de crédit et de débit auquel ils ont donné lieu soit effacé du compte. La réalité des remises est de l'essence du compte-courant, et l'événement de la faillite n'empêche pas que cette réalité soit nécessaire pour constituer débiteur celui à qui la remise a été adressée. Il peut donc toujours, dire quand la remise n'est pas réelle et qu'il n'y a pas eu encaissement : je ne suis pas débiteur; et ne pas payer.

Quand, au contraire, depuis la faillite, il a fait des frais, remboursé l'effet qui lui avait été passé en compte-courant, il lui est bien permis de dire qu'il est créancier, mais il doit

partager le sort des autres créanciers, et il ne peut être admis à compenser ce qui lui est dû avec ce qu'il doit d'après la balance du compte-courant dans lequel ne figure plus la remise qui n'a pas été encaissée; d'abord, parce qu'une créance postérieure à la faillite ne peut entrer dans le compte qui est définitivement clos; ensuite, parce qu'il ne peut après la faillite y avoir de compensation entre ce que doit le failli et ce qui lui est dû.

C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 9 janvier 1838, que lorsque des effets de commerce transmis en compte-courant ne sont pas payés à l'échéance, et que celui qui les a acceptés et endossés se trouve obligé d'en rembourser le montant aux tiers porteurs, il n'a d'autre droit à exercer contre la faillite de l'envoyeur que celui de participer aux dividendes; et qu'il ne peut être admis à compenser la créance résultant pour lui du remboursement avec les sommes dont il se trouve, d'un autre côté, débiteur envers le failli ([1]). Mais je ne crois pas que cet arrêt juge, comme on l'a prétendu lors de l'arrêt du 27 avril 1846, que la validité d'un article de crédit n'est pas subordonnée à l'encaissement de la remise. La Cour n'avait à juger que la question de savoir si le remboursement pouvait se compenser avec la balance du compte, et non celle de savoir si la remise non suivie d'encaissement devait entrer dans le compte, figurer au crédit de l'envoyeur et rester un des éléments de la balance définitive, ce qui, comme on l'a vu, est une toute autre question.

En résumé : les remises d'effets de commerce par compte-courant sont toujours et essentiellement faites, sauf encaissement, et ne deviennent, pour celui qui les a opérées, des

---

([1]) Devilleneuve (38, 1, 317).

articles définitifs de crédit, que par leur payement effectif.

Cette condition, inhérente à la négociation elle-même, n'est nullement altérée par l'événement de la faillite de l'envoyeur des effets; de telle sorte que la balance du compte doit être arrêtée après la faillite comme si la remise des effets non payés n'avait pas été faite, et comme si ces effets n'avaient jamais figuré au crédit de l'envoyeur et au débit de celui à qui ils ont été envoyés.

Mais celui à qui les effets non payés ont été envoyés, qui a été obligé, après la faillite de l'envoyeur, soit de les faire protester, soit, après les avoir négociés, de les rembourser aux porteurs, ne peut être admis à compenser les créances qui résultent à son profit, de ces dépenses et de ce remboursement, avec le solde du compte-courant que la balance mettrait à sa charge.

Cette distinction concilie les règles de la faillite dont la Cour de cassation, dans son arrêt du 27 avril 1846, a fait une fausse application, et celle du compte-courant que cet arrêt a complètement méconnues.

Reprenons maintenant l'examen des questions de compensation en matière de faillite.

392. Suivant M. Toullier ([1]), la compensation des sommes dues au failli par un de ses créanciers, avec ce que doit le failli à ce créancier, pourrait s'opérer depuis la faillite, si, avant son ouverture, le failli était convenu, sans fraude, et par un acte dont la date serait assurée, qu'une créance ou une dette alors exigible serait compensée avec une dette ou une créance qui n'arriverait à échéance que postérieurement à la faillite, parce que, dans ce cas, le droit de compenser serait acquis antérieurement à la faillite. Et il donne pour exemple le cas où il est

---

([1]) T. VII, n. 381.



reconnu dans un bail que le fermier ou locataire a avancé au propriétaire une certaine somme, dont il aura reprise par compensation sur le prix de la dernière année de ses fermages ou loyers. La compensation, dit-il, s'opérera après la faillite du propriétaire.

Je crois cet exemple mal choisi. Ce n'est pas là une compensation proprement dite, parce qu'à vrai dire il n'y a pas ici deux dettes réciproques ayant, postérieurement à la faillite, une existence simultanée, et dont le concours produit l'extinction. Le locataire qui a fait une avance au propriétaire, lequel de son côté lui abandonne en payement tout ou partie de l'une des annuités du bail, cesse dès-lors d'être créancier, de même que le propriétaire cesse d'être débiteur, non par l'effet d'une compensation, mais par une sorte de délégation qui peut recevoir son effet après la faillite, attendu que les parties se trouvent dans la même position que si le locataire avait payé d'avance le prix du bail. Si donc dans cette espèce il y a eu compensation, c'est une compensation conventionnelle qui s'est accomplie avant la faillite; de telle sorte que l'exemple n'est pas concluant en faveur de la faculté que les parties se réserveraient de compenser après la faillite. Il n'y aurait convention de compenser, nonobstant la faillite, que si la convention portait sur deux dettes dont l'échéance ne devrait arriver qu'à une époque où la faillite serait déjà déclarée. Or, je n'hésite pas à dire que cette convention, qui aurait pour résultat de créer au profit d'un des créanciers du failli un véritable privilège non reconnu par la loi, serait illicite et nulle. Aussi M. Toullier ne va-t-il pas jusque-là, et sa proposition, rapprochée de l'exemple qui l'explique, a, dans le fait, une portée beaucoup moins grande qu'elle ne le paraît au premier coup d'œil.

Il ne peut donc sous aucun prétexte y avoir de compen-

sation après le jugement déclaratif de la faillite; mais il en est autrement dans le temps antérieur au jugement déclaratif, quoique postérieur à l'époque à laquelle ce jugement a fait remonter la date de la cessation de payements.

393. Comme je l'ai déjà dit en traitant des effets de la faillite ([1]), le failli qui peut, dans le temps intermédiaire à la cessation de payements et au jugement déclaratif, payer en espèces ou en effets de commerce les dettes échues ([2]), n'est pas privé de la faculté de compenser. La compensation qui a lieu de plein droit, ne peut, quand elle s'applique à une dette échue, et que le débiteur failli pourrait payer effectivement, être considérée comme faisant fraude aux droits des créanciers, et contraire à une égalité à laquelle ils n'ont encore aucun droit acquis.

Il résulte de là que le failli peut, dans le même temps intermédiaire, arrêter un compte-courant, et conséquemment faire la compensation des remises réciproques, afin d'en déterminer le solde définitif. Les remises faites en compte-courant, ne devant pas être considérées comme des actes à titre gratuit, mais constituant au contraire des actes à titre onéreux, peuvent être faites sans fraude, jusqu'au jugement qui arrête de plein droit le compte-courant ([3]); à plus forte raison ce compte peut-il être arrêté conventionnellement avant le jugement déclaratif, mais après la cessation de payements.

La compensation, au moyen de virements, peut également avoir lieu dans ce temps intermédiaire, quand elle porte sur des effets de commerce ([4]). L'article 446 du Code de commerce, permettant de payer les dettes échues, en effets de com-

---

([1]) Voy. *sup.*, t. III, n. 271.
([2]) C. com., 446.
([3]) Voy. *sup.*, t. III, n. 239.
([4]) Voy. *sup.*, n. 380.

merce, permet par cela même de céder ces effets, puisqu'on ne peut payer avec des effets de commerce sans les céder, et par conséquent, de faire les virements qui constituent précisément l'un des moyens les plus ordinaires de faire des payements en effets de commerce.

394. Quand par l'effet d'un concordat le failli a été remis à la tête de ses droits, la compensation des dividendes qu'il s'est engagé à payer à ses créanciers peut naturellement s'opérer avec ce que ses créanciers lui doivent, mais seulement, ainsi qne je l'ai déjà expliqué, à compter de l'échéance de ces dividendes, et non à partir de l'échéance primitive des dettes que le concordat a eu pour objet de réduire, et pour le payement desquelles le failli a obtenu des délais [1].

395. Quant aux créanciers du failli concordataire qui sont en même temps ses débiteurs, ils ne pourraient lui opposer en compensation la partie de leurs créances dont ils lui ont fait remise par le concordat. Cette remise constitue sans doute une dette naturelle, au payement de laquelle est tenu le failli qui veut obtenir sa réhabilitation. Mais les créanciers qui, en faisant cette remise, ont renoncé à toute action pour en demander et en obtenir le payement, ne peuvent par la même raison s'en prévaloir pour opérer une compensation à leur profit, puisque le droit d'opposer la compensation suppose le droit de demander le payement [2].

C'est même à tort qu'ils invoqueraient une compensation qui se serait opérée à leur profit pendant la faillite et avant le concordat (si les deux dettes étaient alors échues), et qu'ils prétendraient que le principe qui interdit la compensation

[1] Voy. *sup.*, n. 336.
[2] M. Duranton, n. 407; M. Renouard, t. II, p. 72.

pendant la faillite ne peut être invoqué que par les créanciers, dans l'intérêt desquels il a été établi, et non par le failli auquel cette exception ne saurait profiter. Ce système avait été admis par la Cour royale de Montpellier: « Attendu que si l'état de faillite établit une dérogation aux principes du droit commun en matière de compensation, cette dérogation n'existe que dans l'intérêt de la masse des créanciers, en considération du dessaisissement dont le failli est frappé, et par une conséquence de cette saisie-arrêt légale que l'ouverture de la faillite jette sur tous les biens du débiteur; attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 444, 445 et 447 du Code de commerce, que les nullités et les exceptions établies en faveur des créanciers sont relatives, et ne sauraient être opposées par le failli lui-même... » Mais il a été condamné par la Cour de cassation, « attendu qu'une compensation en faveur d'une créance contre le failli, échue postérieurement à l'ouverture de la faillite, ne peut s'opérer pendant que le dessaisissement qui en résulte contre ce dernier continue de subsister, puisque cette compensation produirait un payement que la loi lui défend de faire, et constituerait par là un privilège qui blesserait l'égalité qu'elle a voulu établir entre tous ([1])... » A ce motif, qui mérite peut-être le reproche de résoudre la question par la question, on peut ajouter que la compensation repose sur certaines conditions légales qui consistent surtout dans le concours de deux dettes également exigibles et également liquides, ou, ce qui revient au même, payables de la même manière. Or, la dette du failli n'est pas payable de la même manière que celle de son créancier qui se trouve être en même temps son débiteur, puisque la dette du failli n'est payable que suivant les règles déter-

([1]) Cass. 24 nov. 1841 (Dev. 42, 1, 80).

minées pour les faillites, qu'elle n'est pas exigible de fait, tandis que ce que doit le créancier est absolument exigible et effectivement payable : voilà pourquoi la compensation ne peut pas s'opérer. Et comme d'un autre côté la nature de la dette du failli est indivisible, qu'elle est la même à son égard qu'à l'égard de ses créanciers, puisqu'il ne pourrait payer et conséquemment compenser sans porter atteinte aux droits de tous, il n'y a pas de raison pour qu'il s'opère en ce qui le regarde une compensation qui ne s'opérerait pas vis-à-vis de ses créanciers, et pour qu'il ne puisse pas se prévaloir de ce que la compensation qu'on lui oppose ne s'est pas légalement opérée. M. Pardessus semble, il est vrai, émettre une opinion contraire ([1]); mais je crois que c'est là une erreur de ce savant jurisconsulte.

396. Si la faillite a été terminée par un contrat d'union, les créanciers qui par l'effet de ce contrat rentrent contre le failli dans l'exercice de leurs droits individuels ([2]), peuvent évidemment opposer aux demandes qu'il dirigerait contre eux pour ce qu'ils lui doivent, la compensation des sommes dont il est resté leur débiteur.

397. En matière de société, la compensation donne lieu à quelques questions particulières qui naissent de la distinction que j'ai déjà établie entre la société considérée comme personne morale, et la personne même des associés.

Ainsi, un associé ne peut compenser ce qu'il doit à la société avec ce qui lui est dû par un associé, alors même que cet associé serait le gérant. Balde en donne la raison : le gérant en représentant la société et en agissant pour elle n'agit pas en son privé nom, *tanquam singularis persona;*

([1]) *Droit comm.*, n. 1126.
([2]) Cod. comm. 526. Voy. *sup.* t. III, n. 284.

c'est la société même qui agit, *corpus societatis*. L'associé débiteur est donc tenu de payer à la société, sans être admis à se prévaloir de ce que lui doit le gérant qui, sous ce rapport, est un tiers ([1]).

398. Par la même raison, l'associé, qui est personnellement débiteur d'un débiteur de la société, ne peut opposer la compensation de ce que ce dernier doit à la société. L'associé et la société sont ici encore deux personnes distinctes, dont les droits et les obligations ne peuvent se confondre. *Compensare proprium debitum cum credito sociali in jure vetitum expressè reperitur*, dit Casaregis, *per doctores plenâ mana à me allegatos* ([2]).

399. De même encore, le créancier d'un associé qui est en même temps débiteur de la société, ne peut opposer à la société la compensation de ce que lui doit l'associé. *Si unus particularis sit creditor unius ex sociis alicujus societatis, et sit etiam debitor societatis, non potest hoc debitum quod habet cum societate, compensare cum credito quod habet contrà dictum socium* ([3]).

400. Mais je pense avec M. Duranton, qu'un créancier de la société qui est en même temps débiteur personnel de l'un des associés, peut opposer à cet associé la compensation de ce que lui doit la société, jusqu'à concurrence de la part de cet associé dans la dette de la société ([4]). Le créancier de la société qui a une action directe contre l'associé pour le con-

---

([1]) Balde, sur la loi *Ejus*, *C. de compens.*; Salicet, sur la même loi, n. 3 et 4, cités par M. Troplong, *Des Sociétés*, n. 62.

([2]) *Disc.* 76, n. 22. Rote de Gênes, *décis.* 26, n. 30 et suiv.; M. Troplong, n. 79; M. Duranton, t. XII, n. 432.

([3]) Scaccia, § 6, *Gl.* 1, n. 95; Toubeau, t. II, p. 101; M. Troplong, n. 79.

([4]) T. XII, n. 432.

traindre à payer la dette sociale, peut, à plus forte raison, lui opposer une compensation fondée sur cette même dette. Toutefois, c'est là une compensation purement facultative, et qui a d'ailleurs pour résultat de subroger dans les droits du créancier contre la société, l'associé qui, au moyen de cette compensation, a payé la dette sociale.

401. Quant aux dettes qu'un associé aurait contractées en son nom personnel envers la société, il ne peut les compenser avec les sommes qu'il a versées dans la société ou avec sa mise sociale : d'abord parce que cette mise sociale n'est pas exigible ; ensuite, parce que tant qu'elle est engagée dans les affaires de la société, il ne saurait en résulter aucune créance certaine et liquide : *Nequit ullo modo contraponi assertum creditum sociale, turbidum incertum et intricatum; casus enim dari potest, ut adeo ex jacturâ negotiationis diminutum sit capitale, quod parum aut nihil ex pretenso illius credito, seu capitale remaneat* (1).

Il en est ainsi alors surtout que la société est en état de faillite, suivant les principes qui ont été developpés plus haut (2).

402. Remarquons en terminant ce qui est relatif aux personnes entre qui la compensation peut s'opérer ou qui peuvent l'opposer, qu'elle peut être opposée non-seulement par ceux entre qui et pour le compte de qui elle s'est opérée, mais encore par tous ceux qui les représentent et qui exercent leurs droits. Ainsi la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal (3) : la compensation qui éteint la dette cautionnée profite nécessaire-

(1) Ansaldus, *disc.* 74, n. 5.
(2) Voy. *sup.*, n. 391. — Voy. aussi cass. 18 février 1844 (Dev. 44, 1, 692); et 1er fév. 1845 (*Ib.* 45, 1. 589.)
(3) C. civ., 1294.

ment à la caution, qui cesse d'être tenue dès qu'il n'y a plus de dette; seulement elle ne lui profite que du jour où elle l'oppose, parce que la compensation résultant ici d'une créance qui n'est pas personnelle à la caution, n'a pas lieu de plein droit (¹).

Mais la réciproque n'a pas lieu, et le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution, parce que la dette peut subsister quoique la caution se trouve déchargée, tandis qu'il ne peut y avoir de cautionnement dès qu'il n'y a plus de dette, et qu'il n'y a plus de dette dès qu'elle est éteinte par la compensation.

403. Quant au débiteur solidaire, il ne peut, aux termes de l'article 1294 du code civil, opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. Comme je l'ai déjà expliqué, cette disposition doit être entendue en ce sens, que le débiteur solidaire qui peut opposer la compensation de ce qui est dû à l'un de ses codébiteurs, jusqu'à concurrence de sa part dans la dette commune, parce que c'est là une exception commune, ne peut opposer la compensation pour le surplus, parce que c'est là une exception personnelle au débiteur devenu créancier, et dont les autres débiteurs ne peuvent se prévaloir (²).

404. L'héritier représentant la personne du défunt, il en résulte que ce qui est dû au défunt ou par le défunt se compense de plein droit, à l'instant du décès, avec ce qui est dû par l'héritier ou à l'héritier. Toutefois l'héritier bénéficiaire, ne confondant pas ses biens personnels avec ceux de la succession, et conservant le droit de réclamer contre elle le payement de ses créances, il n'y a pas de compensation entre les

---

(¹) M. Duranton, t. XII, n. 425; C. civ. art. 1294.
(²) Voy. *sup.*, n. 135.



dettes ou les créances personnelles de l'héritier bénéficiaire et les créances ou les dettes des créanciers ou des débiteurs de la succession ([1]).

405. Arrivons maintenant aux effets de la compensation.

Qui compense, paye. De même donc que le payement éteint de plein droit toutes les obligations accessoires à la créance, efface les priviléges et les hypothèques, décharge la caution, de même aussi la compensation produit de plein droit les mêmes effets jusqu'à concurrence des quotités respectives des dettes compensées.

406. Il suit de là que celui qui paye une dette qui était de plein droit éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice du tiers, des priviléges et hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette ([2]). Un débiteur peut bien renoncer à la compensation pour son propre compte, mais sa renonciation ne saurait préjudicier aux tiers ([3]).

La compensation éteignant la dette, fait pareillement cesser de plein droit le cours des intérêts à partir du jour où elle s'est opérée ([4]).

407. De la similitude qu'il y a entre la compensation et le payement, il résulte que lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit pour reconnaître quelle dette est compensée, les règles établies pour l'imputation de payements ([5]). Lors donc que la compensation

---

([1]) Casaregis, *disc.* 51, n. 21; M. Toullier, t. VII, n. 380.
([2]) C. civ., art. 1299.
([3]) Voy. *sup.*, n. 332.
([4]) Voy. *sup.*, n. 363.
([5]) C. civ., 1297. Voy. *sup.* n. 260 et suiv.

s'est opérée de plein droit sur la dette qui y était soumise suivant les règles de l'imputation, les parties ne peuvent pas en diriger l'effet sur une autre dette au préjudice des droits des tiers ([1]).

Les règles de l'imputation s'appliquent à la compensation des intérêts comme à celle du capital. Ainsi, lorsqu'une dette non productive d'intérêts se rencontre avec une dette qui en produit, la compensation se dirige d'abord sur les intérêts, et n'éteint la dette du capital que pour l'excédant et jusqu'à due concurrence.

408. Une autre conséquence du principe que la compensation éteint de plein droit la dette et produit les mêmes effets que le payement, c'est que la compensation, comme le payement, peut être opposée en tout état de cause et jusqu'à l'exécution du jugement ou de l'arrêt qui condamnerait à payer une dette compensée, de même que jusqu'à l'exécution du jugement de condamnation, on peut opposer le payement de la dette ([2]). Celui qui par erreur a payé une dette compensée, a même une action en répétition comme ayant payé une chose non due ([3]).

—

SECTION V. — DE LA CONFUSION.

SOMMAIRE. — 409. Définition de la confusion. — 410. Quand a-t-elle lieu? Succession à titre universel; à titre particulier. — 411. De la confusion en matière de lettres de change, quand le tiré devient avant l'échéance propriétaire de la lettre. Du cas où le tiré qui n'a pas de provision n'a pas accepté. — 412. Du cas où le tiré, ayant ou n'ayant pas de provision, a accepté. —

([1]) M. Duranton, t. XII, n. 455.

([2]) *Eum qui judicati convenitur, compensationem sibi debitæ pecuniæ implorare posse nemini dubium est.* (L. 2, *cod. de compens.*)

([3]) *Si quis compensare potens solverit, condicere potest quasi indebito soluto.* (L. 10, § 1, *ff. De compens.*)



413. Du cas où ayant provision, il n'a pas accepté. — 414. Effets de la confusion relativement aux co-débiteurs solidaires. — 415. ... Relativement aux cautions.

409. La confusion, considérée comme mode d'extinction des obligations, est la réunion dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur de la même obligation : le fait seul de cette réunion éteint l'obligation, parce qu'on ne peut devoir à soi-même. Il suit de là que la confusion, au lieu d'équivaloir au payement, comme la novation et la remise de la dette, rend au contraire le payement inutile. Elle se distingue surtout de la compensation, qui solde deux dettes l'une par l'autre, quand les deux créanciers sont à la fois débiteurs l'un de l'autre, tandis que la confusion n'éteint qu'une seule obligation, au moyen de la réunion en la même personne des qualités incompatibles de créancier et de débiteur. C'est donc une rédaction vicieuse que celle de l'article 1300 du Code civil, aux termes duquel, lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droits qui éteint les deux créances. La confusion n'éteint qu'une seule créance, celle dont le même individu est à la fois créancier et débiteur. Il serait même plus exact de dire qu'elle détruit plutôt l'action qu'elle n'éteint l'obligation même : *Potius eximit personam ab obligatione confusio, quam extinguit obligationem* (¹).

410. La confusion a lieu lorsque le créancier se trouve mis au lieu et place du débiteur, ou lorsque le débiteur se trouve mis au lieu et place du créancier, ou bien encore quand un tiers se trouve à la fois au lieu et place du créancier et du débiteur.

(¹) M. Duranton, t. XII, n. 481.

La succession héréditaire est l'occasion la plus ordinaire de la confusion : elle s'opère alors sans difficulté et de la manière la plus complète. C'est même à cette hypothèse que se rapportent la plupart des questions traitées par les auteurs qui ont écrit sur cette matière. Cependant cette hypothèse n'est pas la seule. Quand un individu prend la suite des affaires d'une maison de commerce et se rend cessionnaire de son actif et de son passif, il y a lieu à la confusion si cet individu est débiteur ou créancier de cette maison. En succédant à ses droits comme à ses obligations, il cesse d'être débiteur ou créancier; ses droits et ses obligations personnelles se confondent avec ceux de la maison dont il continue les affaires. Il en serait de même du cas où la suite des affaires de deux maisons, dont l'une est débitrice de l'autre, serait prise par un tiers.

Dans tous les cas la confusion ne se comprend guères que dans une succession à titre universel. Si un créancier léguait la créance au débiteur, il y aurait remise de dette et non pas confusion; et si un débiteur retirait de la circulation une créance, même non échue, il y aurait un payement anticipé qui éteindrait naturellement la dette.

411. Cependant c'est d'après les principes de la confusion qu'on a résolu la question de savoir si celui sur qui une lettre de change est tirée, et qui en devient propriétaire avant l'échéance, par suite d'une négociation quelconque, peut encore la remettre en circulation, ou bien si l'obligation a été définitivement éteinte aussitôt que la lettre de change s'est trouvée entre ses mains.

Trois hypothèses peuvent se présenter : ou le tiré, qui n'avait pas reçu la provision, n'a pas accepté; ou il a accepté ayant ou n'ayant pas de provision, ce qui revient au même; ou il a reçu une provision et n'a pas accepté.

Dans le premier cas, le tiré, qui n'a pas accepté et qui n'a pas reçu de provision, n'est pas à proprement parler débiteur de la lettre de change. Jusqu'à l'acceptation, il n'y a qu'un seul obligé principal au payement de la lettre : c'est le tireur. Si donc, par l'effet d'une négociation, le tiré devient propriétaire de la lettre de change, on ne peut dire ni qu'il y a confusion, puisqu'au moment où il devient créancier, il n'est pas débiteur, ni qu'il y a de sa part un payement anticipé qui éteint l'obligation. Le tiré devient un simple endosseur, et comme tel il peut remettre l'effet en circulation. Si à l'échéance on le lui présente, il peut alors l'accepter et, en le payant comme tiré, accomplir le mandat du tireur qui, comme dans les cas ordinaires, devra lui tenir compte des dépenses faites pour l'exécution de ce mandat. S'il ne veut pas accepter, il peut être tenu de payer comme endosseur, et alors, après avoir payé, il a comme tout autre endosseur un recours contre le tireur. Je ne crois pas qu'à cet égard il puisse y avoir aucune difficulté.

412. Dans le second cas, c'est-à-dire si le tiré a accepté, la question se complique.

Un arrêt de la Cour de cassation, du 14 floréal an IX [1], juge que celui qui a accepté une lettre de change tirée sur lui en est devenu débiteur; que s'il arrive que la lettre de change soit ensuite passée à son ordre avant l'échéance, il en devient créancier; et que, de cette double qualité de créancier et de débiteur de la même lettre de change, résulte une extinction de la dette par confusion; d'où cet arrêt conclut qu'aucune poursuite ultérieure, en payement de la lettre de change, ne peut être dirigée contre les endosseurs ou

---

(1) Dev. et Car., 1, 1, 460.

contre le tireur au nom du tiré, qui avait encore à l'échéance la propriété de l'effet.

Cette conclusion est adoptée par M. Pardessus; mais, selon cet auteur, l'intérêt des tiers et des négociations commerciales empêche qu'on ne puisse opposer aux tiers porteurs la confusion qui se serait opérée relativement au tiré. « Si donc, dit-il, l'accepteur d'une lettre de change se trouvait en devenir propriétaire par quelque négociation, il pourrait, tant que l'échéance ne serait pas arrivée, la faire sortir de ses mains par endossement, sans qu'on eût le droit d'opposer aux tiers de bonne foi qu'ils n'ont pu devenir propriétaires d'une créance éteinte par la confusion, et ce mode d'extinction n'aurait d'effet que si la lettre était encore sa propriété à l'échéance ([1]). »

Mais il me semble qu'il y a une contradiction évidente à reconnaître que l'obligation est éteinte relativement à l'accepteur, et cependant à permettre à l'accepteur de lancer de nouveau dans la circulation la même obligation. Ces deux solutions s'excluent réciproquement. Pour savoir ce que peut faire l'accepteur qu'une négociation a rendu propriétaire de la lettre avant son échéance, et quels sont les droits des porteurs auxquels il l'aurait plus tard endossée, il faut donc commencer par déterminer nettement les effets de la négociation qui a rendu l'accepteur propriétaire de la lettre de change.

L'accepteur est débiteur de la lettre de change; quand, avant l'échéance, une négociation l'en rend propriétaire, c'est qu'il en a payé la valeur à celui qui en était porteur; en d'autres termes, il a acquitté la traite avant son échéance, ce que l'article 144 du Code de commerce lui permet de

([1]) *Droit comm.*, n. 237.

faire à ses risques et périls. La lettre de change ainsi payée est éteinte, moins par une confusion de droits en la personne de l'accepteur que par un payement réel et effectif; car, au moment où la lettre est payée, il n'y a plus ni débiteur, ni créancier, et, conséquemment, il n'y a plus de place pour la confusion. Or, le payement éteint la dette d'une façon beaucoup plus radicale que la confusion, puisque le payement est l'accomplissement de l'obligation qui ne peut revivre quand elle a produit tous les effets qu'elle comportait, tandis qu'on peut admettre, jusqu'à un certain point, que la confusion cesse par la séparation des deux qualités qui l'avaient produite (*).

Il suit de là, en premier lieu, que l'accepteur, qui, en payant la lettre de change avant son échéance n'a fait que remplir son obligation, n'a aucune action contre les endosseurs qui le précèdent. Il ne peut agir que contre le tireur à fin de remboursement des dépenses qu'il a faites pour l'exécution du mandat qu'il aurait accepté sans avoir reçu de provision. Mais alors ce n'est pas en vertu de la lettre de change qu'il agit contre le tireur; c'est en vertu de l'obligation particulière que le tireur a contractée en tirant la lettre de change, de tenir compte au tiré, son mandataire, des avances que celui-ci ferait dans son intérêt.

Il suit de là, en second lieu, que si l'accepteur remet en circulation la lettre de change qu'il a payée avant son échéance, les tiers porteurs, qui ne peuvent avoir plus de droits qu'il n'en aurait lui-même, n'ont aucune action contre les endosseurs qui précèdent; ils n'ont même aucune action contre le tireur qui n'aurait pas fourni la provision, parce

(*) Voy. M. Toullier, t. VII, n. 438 et suiv.; M. Duranton, t. XII, n. 483.

que l'action, qui appartient à l'accepteur contre ce dernier, lui est personnelle et ne procède pas directement du contrat de change. Les tiers porteurs qui reçoivent la lettre de change des mains de l'accepteur, la reçoivent donc comme une obligation nouvelle dont l'accepteur est le seul débiteur, et qui n'est garantie que par sa signature. M. Pardessus argumente de l'intérêt des tiers et des négociations commerciales, pour en conclure qu'on ne peut opposer aux tiers porteurs la confusion qui se serait opérée relativement au tiré. Mais, si l'intérêt des tiers est, dans ce cas, exposé à une lésion, c'est parce qu'ils le veulent bien. Leur bonne foi n'a pas été trompée. L'état matériel de la lettre de change a dû leur apprendre la position qui leur était faite; et s'ils ont consenti à suivre la foi de l'accepteur, ils ne sont pas recevables à se plaindre de ce que sa garantie est nulle ou insuffisante.

Il faut donc admettre l'opinion de la Cour de cassation et celle de M. Pardessus, en ce qui touche la position de l'accepteur à l'égard du tireur et des endosseurs qui le précèdent; mais rejeter l'opinion de M. Pardessus, en ce qui touche la position des tiers porteurs, postérieurs à l'accepteur, qui ne peuvent avoir plus de droits que celui qu'ils représentent.

413. J'arrive à la troisième hypothèse, dans laquelle nous supposons que le porteur qui n'a pas accepté avait reçu une provision. Suivant M. Pardessus, si le tiré qui, avant l'échéance, est devenu propriétaire de la lettre (non acceptée), et qui l'a remise en circulation comme simple endosseur, en avait la provision en même temps qu'il en était propriétaire, il ne serait pas recevable faute par lui de payer la lettre de change, et, dans le cas où il serait poursuivi comme endosseur, à agir en garantie contre ceux qui le précèdent, car il

aurait à se reprocher de n'avoir pas conservé la provision qui était entre ses mains ([1]). Ainsi, M. Pardessus refuse au tiré qui, sans avoir accepté, a reçu une provision, le même droit de recours qu'il refuse également au tiré accepteur. La Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens, dans une espèce où le tiré, qui était devenu créancier du tireur, en acquittant avant leur échéance les traites qui lui étaient adressées, était déjà son débiteur par compte-courant, de sommes supérieures au montant de ces traites ([2]); et la Cour royale de Riom a jugé dans le même sens, le 12 mars 1844 ([3]), qu'une lettre de change, qui est devenue avant son échéance la propriété du tiré lui-même, lequel avait provision, a produit tous ses effets possibles par la confusion dans la personne du tiré des deux qualités de débiteur et de créancier de la lettre de change; et que dès lors, le tiré ne peut plus valablement endosser cet effet au profit d'un tiers de manière à lui donner action contre le tireur originaire à défaut de payement de la part du tiré à l'époque de l'échéance.

Je partage cette opinion; et je pense que le tiré, nanti d'une provision, qui paye la lettre de change avant son échéance, même sans l'avoir acceptée, éteint toutes les actions qui pourraient naître de cette lettre de change, tant contre le tireur que contre les endosseurs qui le précèdent, et que s'il remet la lettre de change en circulation, il reste seul exposé, et sans aucun recours possible, aux actions des tiers porteurs ultérieurs.

En effet, si le tiré qui n'a pas accepté, mais qui a reçu une provision, n'est pas débiteur direct de la lettre de change, en

---

([1]) *Droit comm.*, n. 365.
([2]) Cass. 11 déc. 1852 (Dev., 52, 1, 140).
([3]) *Ibid.*, 44, 2, 609.

ce sens que par l'acceptation seule il contracte l'obligation d'en payer le montant ([1]), il n'en est pas moins vrai qu'il est débiteur de la somme affectée au payement de la lettre de change, et de la valeur dont ce titre est la représentation. Lors donc qu'il acquitte la lettre de change avant son échéance, on peut dire, sans fiction, qu'il paye sa dette et qu'il éteint le titre qui donnait aux tiers le droit d'agir contre lui, du chef du tireur, pour le contraindre à payer. Dans ce cas, aussi bien que dans celui où la lettre de change est acceptée, il y a extinction de la dette par le payement; et si le tiré peut, en remettant la lettre dans la circulation, s'obliger de nouveau, c'est une autre obligation qu'il s'impose, mais qu'il ne peut imposer ni aux endosseurs qui le précèdent, parce que ceux-ci n'avaient garanti que le payement du tiré qui avait la provision, et que ce payement, quoique anticipé, les a déliés de cette obligation; ni au tireur qui, obligé, d'une part, à faire la provision, d'autre part, à garantir le payement, a rempli la première de ces obligations et est délié de la seconde, comme les endosseurs, aussitôt que le payement a été effectué. Il y a même cette différence, entre le tiré qui a accepté sans avoir de provision, et le tiré qui, ayant une provision, n'a pas accepté, que le premier peut, après avoir payé avant l'échéance, exercer contre le tireur un recours qu'il ne peut transmettre aux porteurs ultérieurs de la lettre de change qu'il a mise dans la circulation; tandis que le second n'a aucun recours contre le tireur.

Donc, en résumé, la transmission de la propriété d'une lettre de change au tiré qui a accepté, ou qui, sans avoir accepté, a reçu une provision, éteint les obligations résultant de la lettre de change, soit par l'effet de la confu-

---

([1]) Cod. comm., art. 121.



sion ([1]), soit, ce qui me paraît plus rationnel, par l'effet naturel et ordinaire du payement, en considérant cette transmission comme le résultat d'un payement anticipé.

414. De même que la compensation ([2]), la confusion qui s'opère dans la personne du créancier ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur ([3]).

415. Cette assimilation se rencontre encore dans les rapports qui existent entre le débiteur principal et ses cautions; la confusion qui s'opère en la personne du débiteur principal profite à ses cautions, qui ne peuvent être obligés quand il cesse de l'être. Mais la confusion qui s'opère dans la personne de la caution n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale ([4]).

SECTION VI. — DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE.

SOMMAIRE. — 416. La perte de la chose due est une cause d'extinction des obligations de faire, aussi bien que des obligations de donner. — 417. La perte n'éteint l'obligation que lorsqu'elle a pour objet un corps certain et déterminé. Quand le corps est-il certain et déterminé. Renvoi. — 418. ... Des obligations de sommes. — 419. Perte du titre. — 420. Ce qu'on entend par perte de la chose. Prohibitions douanières; interdiction de commerce. — 421. Dans les obligations synallagmatiques, l'extinction de l'obligation de l'une des parties par la perte de la chose, entraîne-t-elle l'extinction de l'obligation de l'autre... En matière de vente. — 422. ... En matière de louage et de charte partie. — ... 423 En matière de société. Perte totale de la chose sociale — 424. Perte partielle. — 425. De la cession des droits et actions relatifs à la chose périe. — 426. De la faute du débiteur; mise en demeure; cas fortuit. Renvoi.

416. Bien que le code civil, en intitulant cette section VI,

([1]) M. E. Vincens, *Legisl. comm.*, t. II, p. 20.
([2]) Voy. *sup.*, n. 133.
([3]) C. civ., 1301.
([4]) *Ibid.*

De la perte de la chose due, semble n'avoir eu en vue que les obligations de donner, néanmoins les principes sur lesquels reposent les dispositions qu'elle formule étant des plus généraux, puisqu'on ne peut pas plus être tenu de faire ce qui est devenu impossible, que de donner ce qui a cessé de pouvoir être donné, on ne serait pas fondé à conclure des termes dont s'est servi le législateur, que les obligations de donner s'éteignent seules par la perte de la chose due, tandis que les obligations de faire continueraient de subsister malgré l'impossibilité survenue d'exécuter la chose promise.

En effet, quand on s'engage à donner ou à faire une chose, on suppose qu'au moment où cette chose devra être donnée ou faite, la prestation qui forme l'objet de l'obligation sera légalement ou physiquement possible. Si elle devient impossible, on se trouve dans la même position que si on n'avait rien promis, parce qu'à l'impossible nul n'est tenu. Il n'en est autrement que si l'impossibilité provient d'une faute imputable au débiteur : il doit alors des dommages-intérêts en remplacement de la chose qui ne peut plus être donnée ou faite; mais l'obligation primitive n'est pas éteinte: seulement elle se convertit en une obligation nouvelle.

Dans les obligations de donner qui sont parfaites par le seul consentement des parties; qui rendent le créancier propriétaire, et qui mettent la chose à ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée [1], il y a sans doute une raison particulière pour que l'obligation du débiteur qui consiste uniquement à conserver et à livrer la chose soit complètement éteinte quand cette chose est perdue; mais il n'en est pas moins vrai que dans les obligations de faire, quand il n'y a plus aucun moyen possible d'accomplir la chose promise,

---

[1] Voy. *sup.*, t. IV, n. 156 et suiv., et 186.

cette impossibilité, qui équivaut à une perte, délie le débiteur de son obligation d'une manière aussi complète que s'il s'agissait d'une obligation de donner une chose qui n'existerait plus.

De même donc qu'après vous avoir vendu tel cheval, je suis délié de l'obligation de le livrer s'il vient à se perdre, par exemple s'il est consumé dans l'incendie de l'écurie où il se trouve, de même aussi si je me suis engagé à transporter vos marchandises du Havre à New-York sur tel navire, et qu'avant le départ ce navire vienne à périr, je suis délié de l'obligation d'effectuer un transport qui ne peut plus se faire de la manière convenue.

417. Du reste, il faut remarquer, en ce qui touche les obligations de donner, que la perte n'éteint l'obligation que lorsqu'elle a pour objet un corps certain et déterminé [1]; s'il s'agit de choses indéterminées, ou déterminées seulement par leur espèce, la perte d'une ou de plusieurs de ces choses ne délie pas le débiteur de l'obligation de donner d'autres choses de la même espèce, d'après la maxime *genus nunquam perit.*

Si donc la perte de tel cheval que je vous ai vendu, me délie de l'obligation de vous le livrer, la perte de tous les chevaux de mon écurie ne me délie pas de l'obligation de vous livrer un cheval, lorsque je vous ai simplement vendu un cheval sans autre détermination que celle de sa qualité, et que d'ailleurs le choix du cheval n'a pas été limité à ceux qui se trouvaient dans mon écurie.

Cette règle reçoit même son application dans les obligations de faire quand elles se rapportent à une chose susceptible de détermination : c'est ainsi que dans l'exemple cité

---

(1) C. civ., 1302.

tout-à-l'heure, l'obligation de transporter des marchandises à New-York sur tel navire spécifié, est éteinte par la perte de ce navire avant son départ; tandis que l'obligation subsisterait toujours, malgré la perte d'un ou de plusieurs navires appartenant à celui qui a pris l'engagement de transporter, s'il n'y avait pas eu détermination du navire sur lequel le transport serait effectué.

A cet égard, et pour reconnaître si l'objet de l'obligation est ou n'est pas déterminé, il faut examiner les termes dans lesquels est conçue la convention, et distinguer entre les termes limitatifs et les termes démonstratifs. Si les termes sont limitatifs, c'est-à-dire, s'il en résulte qu'en indiquant le lieu de la situation ou le nombre des choses certaines, dont une ou plusieurs font l'objet de l'obligation, les parties ont eu l'intention de la limiter ou de la restreindre à l'uue ou plusieurs de ces choses seulement, de manière qu'elle ne puisse s'étendre à d'autres, à défaut de celle-là, le perte de ces choses éteint l'obligation. Si au contraire les termes de l'obligation ne sont que démonstratifs, c'est-à-dire s'il en résulte que les parties n'ont eu d'autre intention que d'indiquer, de montrer le lieu et les choses où doivent être prises d'abord et de préférence celles qui sont promises, sans prétendre qu'à défaut des choses désignées l'obligation ne puisse pas s'étendre à d'autres de la même espèce, l'obligation n'est pas éteinte par la perte de toutes les choses indiquées ([1]).

Il peut, il est vrai, y avoir difficulté sur le point de savoir si les termes d'une convention sont limitatifs ou démonstratifs quant à l'objet auquel elle se rapporte. Mais c'est là une question d'interprétation abandonnée à la prudence des tribunaux. Il y a du reste à cet égard, en ce qui concerne les obligations

---

([1]) Pothier, *des oblig.*, n. 625; M. Toullier, t. VII, n. 445.

de donner, et spécialement en matière de vente, des règles particulières qui décident législativement quand et comment l'objet d'une vente peut être déterminé, et devenir un corps certain, d'incertain et d'indéterminé qu'il était dans l'origine. Ces règles ont déjà été expliquées dans cet ouvrage avec une étendue qui me dispense d'y revenir ici ([1]).

418. De tout ce qui précède, il suit que les obligations de sommes ne sont pas susceptibles de s'éteindre par la perte de la chose due, parce qu'une somme d'argent est toujours représentée par une somme d'argent d'égale valeur. La perte de tout l'argent que le débiteur aurait à sa disposition ne porterait donc aucune atteinte à l'obligation où il est de payer. *Incendium ære alieno non exuit debitorem* ([2]). Par la même raison, la démonétisation des espèces promises ou stipulées laisserait subsister l'obligation dans toute sa force, parce que la somme ou valeur exprimée par les anciennes espèces abolies est également représentée par les nouvelles qui lui succèdent.

419. Et, à cet égard, il faut bien prendre garde de ne pas confondre la perte de la chose due avec la perte du titre qui constate l'obligation. La perte du titre n'a aucun effet sur l'existence de l'obligation, sauf la difficulté ou l'impossibilité où serait le créancier de prouver l'existence d'une obligation dont il ne représenterait pas le titre constitutif; mais, dans tous les cas où cette preuve peut être faite, l'obligation a autant de force après la perte du titre qu'elle en avait auparavant.

Le Code de commerce prévoit même le cas de perte des lettres de change et des billets à ordre, et donne au créan-

---

([1]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 186 et suiv.; 444 et suiv.

([2]) L. 2, cod. *Si certum petatur.*

cier les moyens de remplacer le titre qu'il a perdu[1]. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans l'examen de ses dispositions à cet égard ; mais leur existence prouve, ce qui d'ailleurs est élémentaire, que l'obligation et le titre sont deux choses complètement distinctes, et que l'existence de l'une n'est pas subordonnée à l'existence de l'autre.

420. La perte de la chose, considérée comme moyen d'éteindre les obligations, doit s'entendre dans le sens le plus général, et comprend tous les cas, sans exception, où la chose est perdue, détruite et mise hors du commerce. C'est ce qui résulte clairement de l'article 1302 du Code civil, suivant lequel « lorsque le corps certain et déterminé, qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte... » Ce n'est donc pas seulement la perte ou destruction matérielle et absolue qui éteint l'obligation, c'est aussi la perte relative résultant de toute circonstance qui met la chose hors de la disposition du débiteur, de telle sorte qu'il y ait impossibilité physique ou morale à ce qu'il donne la chose due, ou fasse la chose promise.

Ainsi, je vous ai vendu une certaine quantité de marchandises qui sont sur un navire actuellement en route pour revenir en France. Dans l'intervalle et avant l'arrivée du navire, une loi de douane prohibe l'entrée de ces marchandises, je suis sans aucun doute délié de l'obligation de vous les livrer en France, puisque je ne pourrais le faire sans me mettre en contravention avec la loi, et sans commettre un délit [2]. La chose due se trouve en réalité placée hors du commerce.

(1) Cod. comm., art. 150 et suiv.
(2) Voy. *sup.*, t. II, n. 83.

Ainsi encore, je me suis chargé de transporter vos marchandises du Havre à Buenos-Ayres; mais il survient une interdiction de commerce avec le pays pour lequel le navire et vos marchandises sont destinés. Dans ce cas encore, je suis délié de l'obligation que j'avais contractée de les transporter (*).

Ces exemples suffisent pour faire comprendre le sens et l'étendue de ces expressions : *Perte de la chose due*, tant dans les obligations de faire que dans les obligations de donner.

421. Une des questions les plus délicates qui puissent naître de l'extinction des obligations par la perte de la chose due, est celle de savoir si, dans les obligations synallagmatiques, où les deux parties sont corrélativement obligées à faire quelque chose, l'extinction de l'obligation de l'une des parties par la perte de la chose qu'elle devait donner ou faire, entraîne l'extinction de l'obligation de l'autre.

Le question peut se présenter très fréquemment et très naturellement en matière de vente, où le vendeur contracte l'obligation de livrer, et l'acheteur celle de payer le prix, et où l'on peut dès lors se demander si la perte de la chose, qui dispense le vendeur de livrer, dispense en même temps l'acheteur de payer. L'examen de cette question appliquée à la vente, en facilitera la solution, relativement à d'autres contrats, dans lesquels elle se présente d'une manière moins nette et moins dégagée d'incidents.

On sait que dans les contrats dont la nature est de transférer la propriété d'une chose, tels que la vente, le contrat est parfait, par le seul consentement des parties, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, et que dès lors si, avant

---

(*) Cod. comm., art. 276.

la livraison, la chose périt sans la faute du vendeur, la perte est pour le compte de l'acheteur ([1]). Il suit de là que la perte de la chose, qui dispense le vendeur de livrer, ne dispense pas l'acheteur de payer; autrement la perte ne serait pas pour l'acheteur, elle serait pour le vendeur.

Supposons au contraire une vente dans laquelle l'indétermination de la chose retarde la perfection du contrat, en ce sens que la propriété n'en est pas transférée, et que la chose reste aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elle ait été individualisée ou déterminée, et la solution sera diamétralement contraire : la perte de la chose, qui dispense le vendeur de la livrer, dispense l'acheteur de la payer; autrement la perte ne serait pas pour le vendeur, elle serait pour l'acheteur. C'est ce qui a lieu spécialement quant aux choses, telles que le vin, l'huile et autres, que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, et qui, aux termes de l'article 1587 du Code civil, ne sont point vendues, tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées, puisque, jusqu'à la dégustation et à l'agrément, il est incertain si la vente sera parfaite et si l'acheteur deviendra propriétaire ([2]).

C'est ce qui a encore lieu quand une vente est faite au poids, au compte ou à la mesure : la vente alors, aux termes de l'article 1585 du Code civil, n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur, jusqu'à ce qu'elles soient comptées, pesées ou mesurées ([3]); d'où la conséquence que, dans ce cas comme dans celui qui précède, la perte des choses vendues, qui délie le vendeur de l'obligation soit de les livrer, soit de les faire peser, compter

---

([1]) C. civ. art. 1138 et 1583. Voy. *sup.*, t. IV, n. 186.
([2]) Voy. *sup.* t. IV, n. 192.
([3]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 189.

ou mesurer, délie en même temps l'acheteur de l'obligation d'en payer le prix convenu.

Mais si au contraire des marchandises, bien que susceptibles d'être vendues au poids, au compte, ou à la mesure, étaient vendues en bloc, la vente serait parfaite, et la chose aux risques de l'acheteur, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées, de telle sorte que la perte qui arriverait avant le comptage, le pesage ou le mesurage, ne dispenserait pas l'acheteur d'en payer le prix ([1]).

Enfin, quand la vente à l'essai est faite sous condition suspensive, c'est-à-dire quand sa perfection dépend de l'essai que s'est réservé l'acheteur, les risques étant à la charge du vendeur jusqu'à ce que la chose vendue ait été essayée et agréée par l'acheteur, il faut en conclure que dans ce cas encore la perte de la chose délie à la fois le vendeur et l'acheteur de leurs obligations corrélatives ([2]).

Comme on le voit, dans ces différentes hypothèses, c'est de la perfection du contrat de vente, et de la translation de la propriété de la chose vendue, que dépend la question de savoir si la perte de cette chose, avant la livraison, en éteignant l'obligation de livrer qui incombe au vendeur, éteint aussi l'obligation corrélative de payer qui incombe à l'acheteur. Si la vente est parfaite et la propriété transférée, le vendeur est dispensé de livrer, et l'acheteur n'en est pas moins obligé de payer. Si au contraire la vente n'est pas encore parfaite quant à la translation de propriété, les obligations sont éteintes de part et d'autre.

C'est donc la perfection du contrat qui maintient l'une

([1]) C. civ., art. 1586. Voy. *sup.*, t. IV, n. 191.
([2]) C. civ., art. 1588. Voy. *sup.*, t. IV, n. 333 et suiv.

des parties dans la nécessité d'exécuter son obligation, bien que la perte de la chose ait affranchi l'autre de la nécessité d'exécuter la sienne, tandis que si le contrat est encore imparfait au moment où la perte de la chose vient éteindre l'obligation de l'une des parties, l'obligation de l'autre s'éteint d'elle-même, faute d'un contrat auquel elle puisse se rattacher. En d'autres termes, dans tous les cas où le contrat a donné à l'une des parties, sur la chose qu'elle a entendu acquérir, un droit absolu et définitif, indépendant de tout fait ultérieur de la part de l'autre partie et des obligations que celle-ci doit encore accomplir, la perte de la chose qui éteint les obligations de la seconde laisse subsister les obligations de la première, parce que les obligations de la première prennent leur source dans le contrat lui-même qui a produit tous ses effets, et non dans l'exécution des obligations de la seconde, qui est sans doute le complément du contrat, mais qui est inutile à sa perfection.

422. Il suit de là que dans le contrat de louage où le locateur est obligé, non-seulement de délivrer au locataire la chose louée, mais encore d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle est louée, et d'en faire jouir paisiblement le locataire [1], la perte de la chose pendant la durée de la location, en éteignant les obligations du locateur, éteint aussi les obligations du locataire pour le compte duquel la chose ne périt pas, puisqu'il n'en est pas propriétaire, et qui cesse d'être tenu de payer le prix du louage, dès que le locateur cesse de le maintenir dans la jouissance de la chose louée.

C'est pourquoi, aux termes de l'article 276 du Code de commerce, si, avant le départ du navire affrété, il y a inter-

---

[1] C. civ. 1719.

diction de commerce avec le pays pour lequel il est destiné, la charte-partie est résolue de part et d'autre.

423. Le contrat de société étant parfait par le seul consentement des parties qui conviennent de mettre une chose en commun, et cette convention suffisant pour rendre la société propriétaire de cette chose, il en résulte que les règles ci-dessus sont applicables au contrat de société comme à tous les contrats parfaits par le seul consentement. Toutefois, il y a en matière de société des règles particulières qui naissent de l'objet spécial de ce contrat, et dont la combinaison avec les règles générales peut présenter quelques difficultés; ces difficultés ont été aggravées par la rédaction assez mal coordonnée de deux articles du Code civil, entre lesquels existe une apparente contradiction, et dont le sens a donné lieu aux interprétations les plus diverses.

Le premier est l'article 1865 du Code civil qui met l'extinction de la chose au nombre des causes par lesquelles la société finit; le second est l'article 1867 qui est ainsi conçu: « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution par rapport à tous les associés. — La société est également dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans les mains de l'associé. — Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société.

La contradiction apparente entre ces deux articles consiste en ce que l'article 1865 dispose d'une manière générale que l'extension de la chose met fin à la société, tandis que l'article 1867 dispose, en termes non moins généraux, que la société n'est pas rompue par la perte de la

chose dont la propriété a déjà été apportée dans la société.

L'obscurité de l'article 1867 provient de ce que, en disposant que lorsqu'un associé a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés, cet article semblerait oublier le principe fondamental solennellement posé par l'article 711, suivant lequel la propriété des biens s'acquiert par l'effet des obligations, et par l'article 1138, qui déclare que l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes, qu'elle rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite. Ceux-ci ont soutenu que cet article était une anomalie qui bouleversait tout le système du code sur l'effet des obligations [1]; ceux-là, qu'il était une dérogation aux principes généraux, suffisamment motivée par les exigences du contrat de société [2]; tandis que d'autres, s'exagérant, comme le fait très bien remarquer M. Troplong [3], ce qu'il peut y avoir d'obscur et d'équivoque dans l'article 1867, se sont livrés à de fort longues dissertations, pour établir que cet article n'était point en contradiction avec le système général du code sur la transmission de la propriété et sur ses effets [4]. Cette conclusion, qui me paraît de la dernière évidence, n'avait pas

---

(1) M. Jourdan, *Thémis*, t. V, p. 480.

(2) M. Pardessus, *Droit comm.*, n. 988.

(3) *Du contrat de société*, n. 926.

(4) M. Toullier, t. VII, n. 451 et suiv.; M. Duvergier, *Du contrat de Société*, n. 421 et suiv.; M. Duranton, t. XII, n. 499 et suiv., et t. XVII, n. 467. Voy. aussi M. Troplong, *ubi sup.*, n. 927 et suiv.; et un article de M. Etienne, aujourd'hui professeur de Droit Romain à la Faculté de Droit d'Aix, inséré dans la *Revue étrangère de Législation*, 8e année, p. 363.

besoin, ce me semble, pour être mise en lumière, de toute la peine que se sont donnée les honorables jurisconsultes qui ont traité le même sujet avant moi. Je serai donc beaucoup plus court, tout en profitant des lumières qu'ils ont jetées sur les questions qui naissent des articles 1865 et 1867, sans m'attacher cependant d'une manière exclusive à aucun des systèmes qui ont été proposés.

423. La perte d'une chose mise en société peut avoir lieu dans plusieurs hypothèses.

Il peut d'abord y avoir perte totale de la chose ou de toutes les choses mises en société : c'est ce que l'article 1865 appelle extinction de la chose. C'est le cas prévu par Ulpien, lorsqu'il dit que la société est dissoute à l'occasion des choses qui en sont l'objet quand ces choses ont cessé d'exister ou de pouvoir être mises en société, parce que la société ne peut plus exister quand elle n'a plus d'aliment : *Societas solvitur... ex rebus... cùm res aut nullæ relinquantur, aut conditionem mutaverint; neque enim ejus rei quæ jam nulla sit quisquam socius est, neque ejus quæ consecrata publicatave sit* (¹). Et comme alors il s'agit d'un contrat parfait qui a reçu son exécution, comme la société est propriétaire de la chose sociale, c'est pour elle qu'est la perte ; d'où il résulte, d'une part, que ce qui reste de l'actif social se partage entre tous les associés, y compris celui ou ceux qui avaient apporté la chose perdue, et qui sont assimilés à des vendeurs auxquels le prix est dû nonobstant la perte de la chose (²).

Il en est ainsi, soit que la chose sociale, dont la perte a été entière, consiste dans la propriété même de la chose, soit

(¹) L. 63, § 10, *ff. pro socio*.
(²) Voy. *sup.*, n. 421.

qu'elle consiste dans sa jouissance. C'est la disposition du deuxième paragraphe de l'article 1867, aux termes duquel la société est entièrement dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé. Et cette dissolution produit les mêmes effets que celle qui a lieu par suite de la perte de la chose dont la propriété a été mise en société. La perte de la propriété dont la jouissance seule est sociale, est, sans doute, pour le compte de l'associé qui en a conservé la propriété; mais, bien qu'il ne puisse plus faire jouir la société, cependant comme celle-ci est dissoute, qu'il y a lieu dès lors au partage de l'actif, et que la jouissance dont la société a profité jusque-là, a concouru à la formation de cet actif, l'associé a droit à sa part dans cet actif, aussi bien que s'il avait apporté en société la propriété même de la chose. Si donc l'associé est délié par la perte de la chose de l'obligation de faire jouir la société dont cette perte entraîne la dissolution, la société ou les associés ne sont pas déliés de leurs obligations envers lui : par où l'on voit que si l'associé qui a apporté la propriété d'une chose en société est, en cas de perte de cette chose, assimilable à un vendeur, celui qui n'en a apporté que la jouissance n'est pas complètement assimilable à un locateur [1].

Enfin, il en est encore ainsi lorsque l'apport dont la perte totale entraîne la dissolution de la société, n'a pas encore été réalisé. « Lorsque l'un des associés, dit le premier paragraphe de l'article 1867, a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée, opère la dissolution de la société par rap-

[1] Voy. cependant M. Troplong, n. 945 et suiv.

port à tous les associés. » C'est cette disposition qui a donné lieu aux controverses les plus longues et peut-être les plus inutiles. On a prétendu tantôt qu'elle exigeait la tradition de la chose pour rendre la société propriétaire; tantôt, pour prouver qu'elle ne s'écartait pas des principes du droit commun sur l'effet des obligations, on s'est jeté dans les discussions les plus longues et les plus embrouillées sur l'origine et la formation de l'article 1867, tandis qu'il est manifeste, ainsi que l'a fort bien prouvé M. Troplong (¹), que le cas spécial qu'il a en vue est celui de la perte d'une chose non pas acquise, mais simplement destinée à la société, qu'il se rapporte à une promesse de mettre, *in futurum*, une chose en commun, à une convention qui se borne à donner à une chose une destination sociale, mais où l'intention des parties renvoie la mise en commun à une époque future, comme lorsqu'on promet de mettre en société un navire qui est encore en cours de voyage. Ceci posé, il est clair que la perte d'une chose promise, mais non encore apportée, doit entraîner la dissolution de la société, aussi bien que si cette chose avait déjà été apportée, puisque, dans un cas comme dans l'autre, la société manque d'aliment. Toutefois, il y a, dans ce cas, cette remarque à faire, que la chose non encore apportée périt plutôt pour l'associé que pour la société qui n'en était pas encore devenue propriétaire, de telle sorte que l'associé qui n'a rien apporté, n'a rien à retirer, ni rien à prendre dans le partage qui suit la dissolution de la société dans laquelle il n'a figuré que d'une manière conditionnelle.

Voilà pour ce qui regarde la perte totale de la chose ou de toutes les choses mises en société, *l'extinction de la*

(¹) *Du contrat de société*, n. 928 et suiv.

chose, suivant l'expression énergique de l'article 1865.

424. Mais si la perte, au lieu d'être totale, n'était que partielle, la société pourrait continuer. C'est l'hypothèse à lalaquelle se rapporte le dernier paragraphe de l'article 1867, aux termes duquel la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée dans la société. Si l'existence de la société ne dépend pas essentiellement de l'existence de cette chose, sa perte est pour la société, qui continue de fonctionner comme par le passé.

En serait-il ainsi si la perte partielle portait sur une chose dont la jouissance a été mise en société, de telle sorte que, nonobstant la perte de cette jouissance, la société conservât encore un aliment? Non : il y aurait dissolution de la société comme dans le cas d'extinction ou de perte totale des choses sociales, parce que l'associé qui avait conservé la propriété de la chose cesserait, en ne faisant pas jouir la société, de remplir les conditions de l'association. Mais, dans ce cas comme dans celui de perte totale, il aurait droit au partage de l'actif à la formation duquel il aurait coopéré.

Il faut en dire autant, et par la même raison, du cas où la perte partielle porterait sur une chose promise mais non encore apportée, puisque cet apport serait une condition, aussi bien que celui qui consiste dans la jouissance; en faisant seulement remarquer que dans ce cas celui qui n'aurait rien apporté ne pourrait prendre part au partage de la société dissoute.

On voit donc que les effets de la perte de la chose due ne sont pas toujours faciles à déterminer, et que la rédaction du code n'est pas toujours de nature à diminuer la difficulté.

425. C'est au surplus une chose digne de remarque que l'imperfection et l'incohérance des dispositions relatives aux

effets de la perte de la chose due. Nous venons de voir combien l'article 1867 a donné prise à la critique sous le rapport de la clarté, en semblant subordonner la transmission de propriété à la tradition en matière de société. Voici maintenant l'article 1303 qui a commis sans aucun doute la faute qu'on reproche à tort à l'article 1867, qui, s'il pèche par la rédaction, ne pèche pas par le fond.

Aux termes de l'article 1303, lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier. Cette disposition a été textuellement copiée dans Pothier ([1]), qui écrivait sous l'influence des principes de l'ancienne jurisprudence, où la propriété n'était transférée que par la tradition; mais elle fait évidemment disparate dans le Code civil, où la propriété du corps certain et indéterminé, dont la perte peut seule éteindre l'obligation de la délivrer, étant transférée par l'effet de la convention ([2]), les actions relatives à la chose, suivent évidemment la propriété de cette chose et appartiennent de plein droit au créancier, sans qu'il soit nécessaire qu'il les lui cède. L'article 1303 renferme donc une règle sans objet et qui doit être réputée non écrite. Il y aurait, en effet, un contradiction intolérable à reconnaître que la propriété du principal est transmise par la force de la convention et sans tradition effective, et à vouloir qu'une tradition fût nécessaire pour transmettre la propriété de l'accessoire. Si donc le débiteur d'une chose, périe par la faute d'un tiers, vient à tomber en faillite, l'action en indemnité contre le tiers, auteur de la perte, doit profiter, non à tous

---

([1]) *Oblig.* n. 634.
([2]) C. civ. 711, 1138.

les créanciers du failli, comme si cette action faisait partie de son actif, mais au créancier à qui la chose était due, qui seul peut exercer cette action, indépendamment de toute cession, que le failli n'aurait pas d'ailleurs le droit de faire, dans le cas où il serait demeuré propriétaire de l'action.

426. Il y a exception à la règle que l'obligation est éteinte par la perte de la chose qui en était l'objet, lorsque cette perte a eu lieu par la faute du débiteur, ou lorsqu'il était en demeure d'exécuter l'obligation, ou bien encore quand il s'est chargé des cas fortuits. L'obligation primitive se convertit alors en une obligation de dommages-intérêts ([1]).

Toutefois, lors que le débiteur en demeure ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée. Mais, le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue ([2]).

Je renvoie, pour les explications relatives à la faute, à la mise en demeure et au cas fortuit, aux détails dans lesquels je suis déjà entré à cet égard ([3]).

—

SECTION VII. — DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION DES OBLIGATIONS.

SOMMAIRE. — 427. L'action en nullité ou rescision n'est pas à proprement parler une cause d'extinction des obligations. — 428. Distinction entre l'action en nullité et l'action en rescision. — 429. Différentes sortes de nullités. — 430. Causes de nullité. Renvoi. — 431. Action en rescision pour cause de lésion. Renvoi. — 432. L'action en rescision pour cause de lésion n'a pas lieu en matière de vente commerciale. — 433. Durée de l'action en nullité ou en rescision. — 434. En matière de concordat. — 435. Distinction entre les actions en nullité ou rescision, et les actions en résolution ou en répétition. Répétition d'intérêts usuraires. — 436. Transition au chapitre suivant.

427. L'action en nullité ou en rescision des conventions,

([1]) C. civ., art. 1302.
([2]) *Ibid.*
([3]) Voy. *sup.*, t. IV, n. 181 et suiv., 199 et suiv. et 250 et suiv.

n'est pas, à proprement parler, une cause d'extinction des obligations. Elle a plutôt pour résultat de faire qu'il n'existe pas d'obligation, que d'éteindre une obligation réellement existante.

428. Le Code civil emploie indifféremment, dans la plupart des cas, les expressions d'*action en nullité* ou d'*action en rescision*, cependant il ne confond pas absolument ces deux actions.

L'action en nullité, que le Code appelle aussi quelquefois action en rescision, est celle par laquelle on demande la nullité d'une obligation qui ne réunit pas toutes les conditions exigées pour son objet, soit quant aux personnes soit quant à leur consentement

L'action en rescision, que le Code ne qualifie jamais d'action en nullité, est celle par laquelle on demande la rétractation d'une obligation, d'ailleurs valable et régulière, mais par suite de laquelle on a éprouvé quelque lésion.

429. Je n'entrerai pas ici dans la théorie des nullités, ni dans l'examen des systèmes sur les nullités absolues ou radicales et sur les nullités relatives. Ce qui en définitive distingue les uns des autres, c'est qu'on ne peut renoncer à se prévaloir des premières, tandis que les secondes peuvent être couvertes par la renonciation de celui qui avait le droit de les proposer. Mais quand il s'agit de la nullité des obligations, ni les nullités relatives ni les nullités absolues n'existent de plein droit : elles doivent être prononcées par jugement.

430. Les nullités dont les obligations peuvent être atteintes sont établies, soit par les dispositions qui règlent les formes et les conditions particulières à chaque espèce d'obligation ou de contrat, soit par les dispositions qui règlent les conditions générales desquelles dépend la validité de toutes les obligations.

Il ne s'agit pas ici d'entrer dans l'examen des causes particulières de nullité, dont il ne peut être utilement et convenablement traité qu'à l'occasion des matières auxquelles elles se rapportent. Il ne s'agit pas non plus d'exposer comment l'absence des conditions générales requises pour la validité des obligations peut être une cause de nullité de ces mêmes obligations. C'est là un point que j'ai déjà traité, soit en exposant les principes relatifs à la capacité des personnes, aux droits des mineurs, des femmes, et les règles sur les diverses sortes d'incapables (¹), soit en expliquant les dispositions du Code civil sur le consentement nécessaire à la formation des obligations, sur leur objet et sur leur cause (²).

431. Quant à l'action en rescision pour cause de lésion, on peut la considérer, soit comme un privilège accordé à certaines personnes à raison de leur position spéciale, soit comme un moyen ouvert à toute personne pour se faire restituer contre les conventions qui leur portent préjudice.

L'action en rescision pour cause de lésion, considérée comme privilège personnel, est ouverte aux mineurs, suivant les règles que j'ai déjà exposées en traitant de la capacité des mineurs commerçants ou non-commerçants (³).

432. L'action en rescision, considérée comme moyen ouvert à toutes personnes, est réglée par les dispositions particulières à chaque espèce de contrat (⁴). Ainsi, elle est réglée en matière de vente par les articles 1674 et suivants du Code civil; par l'article 1706 en matière d'échange; par les articles 2053 et suivants en matière de transactions. Il est,

(¹) Voy. t. III, les chapitres relatifs aux mineurs, aux interdits, aux morts civils, aux femmes, aux faillis.
(²) Voy. *sup.*, t. IV, chap. 2, sect. 1 et suiv.
(³) Voy. *sup.*, t. III, n. 80 et suiv., 162 et suiv.
(⁴) C. civ. 1118 et 1313.

au surplus, à remarquer que la rescision pour cause de lésion, qui en matière civile n'a pas lieu en fait de meubles ([1]), n'a pas lieu, non plus, en matière commerciale. La raison en est que les immeubles ont une valeur à peu près fixe qui permet de déterminer et de reconnaître le taux de la lésion, tandis que la valeur des objets mobiliers et des marchandises, beaucoup plus arbitraire ([2]), ne permet pas d'asseoir les bases d'une estimation juste et équitable. Il y a d'ailleurs dans les ventes commerciales quelque chose d'aléatoire qui exclut jusqu'à la possibilité d'une action en rescision pour cause de lésion.

433. Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans ([3]). Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts; et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage. Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les incapables, que du jour où l'interdiction est levée; et, à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité ([4]).

Ces dispositions ne sont pas de nature à recevoir une application habituelle aux matières commerciales. Dans le commerce, l'effet des contrats ne se prolonge pas assez longtemps pour qu'au bout de dix ans il y ait lieu de revenir sur une affaire que le cours naturel et rapide des évènements a

---

([1]) Pothier, de la *Vente*, n. 340; M. Troplong, n. 789; M. Pardessus, n. 177.

([2]) ***Est autem æqualitas nihil aliud quam æstimatio mutua voluntaria, bonâ fide factâ.*** (Joan. Nider, ***De contractibus mercat.***, n. 9.)

([3]) C. civ., art. 1304.

([4]) *Ibid.*

rejeté au nombre des faits accomplis. Cependant, il n'est pas impossible qu'il se présente des circonstances ou il y ait lieu de recourir à l'application de l'article 1304 du Code civil.

434. Ainsi, aux termes de l'article 518 du Code de commerce, aucune action en nullité de concordat n'est recevable après l'homologation, que pour cause de dol découvert depuis cette homologation, et résultant soit de la dissimulation de l'actif, soit de l'exagération du passif. Évidemment cette action dure dix ans, à partir de la découverte du dol et de la fraude. Sous l'empire des anciennes dispositions du Code de commerce sur les faillites, on avait soulevé la question de savoir si l'action en nullité pour cause de dol et de fraude était ouverte contre le concordat, et si l'ancien article 523 qui, de même que le nouvel article 512, ouvre aux créanciers la voie de l'opposition pendant huitaine, contre le concordat, n'était pas exclusif d'une action en nullité ouverte pendant plus de huit jours et pendant dix ans. La jurisprudence s'était prononcée en faveur de l'action en nullité pour cause de dol et de fraude ([1]), et la loi nouvelle a confirmé la jurisprudence.

435. Il faut remarquer que le délai de dix ans, auquel est limité la durée des actions en nullité ou en rescision, n'est pas applicable aux actions qui ne constituent pas des actions en nullité ou en rescision proprement dites, bien qu'elles aient pour objet de revenir contre les effets d'un acte ou d'une obligation. Ainsi l'action en résolution des contrats est soumise à la même prescription que les actions ordinaires; il en est ainsi de l'action en répétition d'une somme

([1]) Rouen 14 avril 1813 (Dev. et Car., 4, 2, 292; Dall., 8, 1, 145), et Cass. 11 déc. 1827 (Dev. et Car., 8, 1, 720).

indûment payée, et, par suite, de l'action en restitution d'intérêts usuraires, qui ne sont jamais légitimement dus, puisque celui qui les paye ne peut jamais valablement consentir à les payer, ni renoncer à les répéter [1]. Du reste, si un contrat usuraire était déguisé sous la couleur d'un acte légitime, on ne pourrait arriver à l'action répétition qu'après avoir fait reconnaître l'usure; et comme l'usure serait déguisée à l'aide du dol et de la fraude, l'action tendant à faire déclarer l'existence de l'usure, deviendrait une véritable action en nullité qui ne durerait que dix ans.

436. Je n'en dirai pas davantage sur cette matière d'un intérêt fort secondaire, et je me hâte d'arriver à un sujet qui tient une grande place dans le droit civil et dans le droit commercial, à *la preuve des obligations et à celle du payement.*

---

(1) Cass., 16 janv. 1837 (Dev., 37, 1, 254; Dall., 37, 1, 150).

FIN DU TOME V.

TABLE ANALYTIQUE.

—

(Le chiffre indique le numéro.)

D

E

Q

R

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE.

TABLE DES MATIÈRES.

(Le chiffre indique la page.)

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

